



FACULTAD DE DERECHO

LA ACEPTACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN PAREJAS GLBT

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para obtener
el título de

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

Profesor Guía:

AB. ALEJANDRO ANTONIO CASSOLA LOOR

Autora:

MARGARITA ALARCÓN GARCIA

AÑO

2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.”

.....

Ab. Alejandro Antonio Cassola Loor

Abogado

C.I. 1713737318

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

.....
Margarita Alarcón García
C.I. 1709907305

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todas las personas
que me apoyaron en el camino.

DEDICATORIA

A mi familia. Gracias a ellos
Soy lo que soy y aspiro
ser cada vez mejor.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación trata sobre la aceptación de la adopción en parejas GLBT. Se tratan temas como nociones básicas de la adopción, grupos GLBT, discriminación y demás afines a la investigación.

Existe actualmente una discriminación en la Constitución de la República, así como en el Código de la Niñez y Adolescencia que no permite la adopción en parejas GLBT coartando así su derecho fundamental a la igualdad

Este trabajo busca solucionar las problemáticas antes descritas planteando un proyecto de armonización de las leyes relacionadas a la adopción y los principios jurídicos universalmente aceptados.

ABSTRACT

This work deals with the acceptance of child adoption in GLBT couples. It covers topics such as adoption basics, GLBT groups, discrimination and other related research.

There is currently a discrimination in the Constitution, as well as in the Code of Children and Adolescents which does not allow adoption in GLBT couples and curtailing their fundamental right de equality.

This work seeks to solve the problems described above by posing a project of harmonization of laws relating to adoption and universally accepted legal principles.

ÍNDICE

ÍNDICE	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1 Referencia Histórica	7
1.1.1 Adopción en el Ecuador	14
1.2 Definición	16
1.3 Objetivos	18
1.4 Características	20
1.4.1.- Interés superior del Niño	20
1.4.2.- La adopción es una institución	21
1.4.3. Acto solemne	22
1.4.4 La adopción no es una ficción jurídica	22
1.4.5 Intervención de autoridades judiciales y administrativas.....	23
1.4.6.- Extinción de vínculos con familia de origen	23
CAPÍTULO II ANÁLISIS DE LA NORMATIVA	25
2.1 Legislación Interna	25
2.2 Análisis de Derecho Comparado: Legislación	
Holandesa	33
CAPÍTULO III DERECHOS HUMANOS DE GLBT	39
3.1 Vulneración a los Derechos de los Grupos GLBT.....	40
3.2.1 Edad antigua (aparición de la escritura hasta la caída	
del Imperio Romano en el siglo V d.C, año 476)	42
3.2.1.1 Grecia	42
3.2.1.2 Roma.....	43
3.2.1.3 Mesopotamia.....	44

3.2.1.4 Egipto	44
3.2.1.5 Lejano oriente	45
3.2.2 Edad Media (476 con la caída del Imperio Romano – 1492 con el descubrimiento de América)	45
3.2.2.1 América.....	45
3.2.2.2 Europa	46
3.2.2.3 Lejano Oriente.....	47
3.2.2.4 Países musulmanes	48
3.2.3 Renacimiento (siglos XV y XVI).....	48
3.2.4 Edad Moderna (1453 toma de Constantinopla por los turcos – 1789 inicio de la Revolución Francesa) y Contemporánea (1789 – presente)	49
3.2.4.1 Asia	49
3.2.4.2 África Subsahariana y los Mares del Sur	49
3.2.4.3 Europa	50
3.2.4.4 América	53
3.2 Homofobia-Discriminación	59
3.3 Adopción en parejas GLBT	68
CAPÍTULO IV PROPUESTA DE REFORMA.....	80
4.1 Reforma Constitucional	85
4.2. Código de la Niñez y Adolescencia	85
CAPÍTULO V.....	87
5.1 CONCLUSIONES	87
5.2 RECOMENDACIONES.....	88
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

El tema de la adopción es un tema bastante delicado. En la presente investigación se tratará fundamentalmente desde el punto de vista legal. Aunque los aspectos sociológico, religioso, psicológico, histórico y antropológico son indispensables, no serán la médula de esta investigación y serán tratados a la medida que sean necesarios para dilucidar mejor el tema.

Es necesario, para adentrarse un poco en el tema, entender acerca de las parejas GLBT y los efectos jurídicos que una pareja de estas acarrea.

La institución de la familia se encuentra presente en todos los países, etnias y culturas. Etimológicamente la palabra familia proviene de la voz latina *famulia*, la cual deriva de *famulus*, en referencia al famulado, es decir, a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos. (Méndez et al., 2001: p. 13)

Esta definición etimológica evidentemente es muy rústica y hace alusión al señor de la casa, concepto que actualmente no corresponde a la realidad, debido a que hoy por hoy puede existir una familia sin un señor de la casa, incluso sin hombre. Pueden existir familias con solo una madre, o por ejemplo una abuela y sus nietos, etc. Un concepto históricamente más actual es: “Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.” (Bossert et al., 1989: p. 5) Este concepto nos permite aludir a la familia como la manera en la que tradicionalmente se ha visto. No incluye únicamente a los padres e hijos, este concepto da a entender que la familia se extiende aún más allá de éstos. Un concepto *jure* de los mismos autores: “En un sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.” (Bossert et al., 1989: p. 5) Se hace alusión únicamente a los vínculos que derivan del matrimonio, más no a

ningún otro que podría devenir de una simple unión intersexual. Se concuerda con lo que dice Monroy Cabra citando a Fassi, la familia comprendería “al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje” (Monroy Cabra, 2001: p. 2) esto contendría los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, a lo cual habría que incluir el propio cónyuge que no es pariente consanguíneo. En nuestras sociedades occidentales, sin embargo, se limita a la familia a la pareja con sus hijos, pero aún se considera que los colaterales y cónyuges así como los consanguíneos de estos son familia.

Es necesario hacer una breve reseña de cómo se encuentra normada la mencionada situación en nuestro país. Con la Constitución del 2008 surge un nuevo entendimiento sobre la acepción de familia:

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Como en constituciones anteriores, se reconoce a la familia. En la Constitución de la República del 2008, se ve algo relativamente nuevo para nuestra sociedad ecuatoriana, que es el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos. Como ejemplo se puede decir familias mono parentales, o desmembradas a causa de migración o cualquier otro motivo.

Al igual que en la adopción, el matrimonio sigue siendo reservado para las personas heterosexuales, pero existe un gran avance en cuestión de uniones:

Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Existe ahora si un reconocimiento expreso a las uniones de parejas GLBT. En el artículo citado se menciona a dos personas, sin distinción de sexo, que pueden formar una unión acarreado los mismos derechos y obligaciones del matrimonio; con la sola reserva de la adopción, misma que sigue siendo única y exclusivamente para parejas de hombre y mujer.

Entonces, se puede entender que según la Constitución de la República existen los siguientes tipos de uniones: (i) el matrimonio entre hombre y mujer, (ii) la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, sin identificación de sexo distinto

Esta última forma de familia cuenta con los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias tradicionales que han podido acogerse a la institución del matrimonio, y si es entre parejas GLBT con la sola excepción de la imposibilidad de adoptar.

Es así que se define de manera tradicional al matrimonio como un contrato celebrado entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear, tener hijos y auxiliarse mutuamente. Esta clase de familia tradicional cuenta con todos los derechos y deberes formales que la sociedad ha determinado a través de los legisladores en las diferentes épocas.

A pesar de que la ley ha avanzado en reconocer a estos otros tipos de familias, estas uniones no cuentan con la completa igualdad y protección jurídica en comparación de aquellas parejas heterosexuales. Este es el punto de quiebre donde se encontrará la problemática de este trabajo de investigación.

Este fenómeno de cambiar las leyes a favor de las parejas GLBT, es un proceso que se viene dando desde la década de los 80 en Europa, en países como Islandia, Noruega y Finlandia donde se reconoce a:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. (Alonso, 2008: p. 6)

Éste modelo ha sido, como se vio anteriormente, adoptado por nuestros legisladores.

La necesidad de regular esta materia se hace imperante debido a que es necesario proteger los derechos fundamentales de todas las personas y esto conlleva a la libertad de sexualidad; de tal manera que las parejas ecuatorianas formadas por personas del mismo sexo no están recibiendo la protección adecuada en sus derechos fundamentales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos son iguales ante la ley, sin distinción alguna con derecho a igual protección contra la discriminación. Cabe entonces la interrogante de ¿qué alcance tiene esta disposición? Debido a que en este caso nacional acerca de la adopción, ésta es expresamente prohibida a parejas del mismo sexo, tal como lo establece La Constitución de La República del Ecuador en el Art. 68, y el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 153.

Sin embargo, la tradición enseña que la unión de un hombre y una mujer es la única definición de matrimonio basados en los argumentos de la procreación y del tradicionalismo. El límite se establece entonces en un argumento iusnaturalista, o sea, que la reproducción posibilita la continuación de la especie y por tanto es bueno para la sociedad.

En discrepancia, los sectores que apoyan este matrimonio impugnan estas críticas y sostienen que no hay razones suficientes que justifique privar de la protección que otorga el sistema jurídico a los matrimonios del mismo sexo, sin incurrir en una manera de discriminación; o sea, la diferencia injustificada, y consideran que la reforma sobre el matrimonio para incluir los derechos de los GLBT es una cuestión de igualdad ante la ley. (Alonso, 2008)

Para ello se debe tomar una adecuada dirección y proponer permitir esta clase de uniones en todas sus posibilidades incluyendo lo que respecta al matrimonio e inevitablemente a la adopción. En otras palabras, dejar a las personas que tienen pareja del mismo sexo en condiciones iguales que el resto, y respetar la necesidad que cada humano tiene de asentarse y crear una familia y posteriormente hijos que puede ser mediante la adopción.

Se hace indispensable ahondar en la discusión tanto jurídica como doctrinaria, en este tema debido a la desigualdad que existe, en relación al tema de la disponibilidad de derechos entre las parejas heterosexuales y GLBT. Dicha desigualdad se reconoce expresamente en la normativa aplicable vigente.

El derecho de igualdad se encuentra debidamente consagrado en nuestra madre norma: la Constitución de la República del Ecuador, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Se debe tener la debida observancia a los mismos y dar un paso más a fin de que no sea simplemente una norma fantasma, sino que tenga la correspondida aplicación a todas las personas sin discriminación alguna.

Es evidente de las parejas GLBT que no gozan de la procreación usual, deseen acceder a la descendencia y congruentemente a la posibilidad de adoptar y cumplir así una de las necesidades y derechos que tienen los seres humanos. Por esta razón en este trabajo de titulación se profundizará en un tema que ha sido objeto de polémica constantemente: la adopción.

Este estudio de igual manera es necesario en aras de cómo explicado en líneas anteriores, la discriminación hacia estos grupos. Sin embargo, y a pesar de que la ley no lo conciba de esa manera, pueden existir varias familias que conviven bajo esta figura sin ninguna protección jurídica. Familias formadas por parejas GLBT se hacen cargo por cualquier motivo que sea, de un niño, niña o adolescente. Esta clase de familias también necesitan ser, a más de reguladas y reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional vigente, equiparadas en relación a los derechos establecidos para el efecto a fin de conseguir la protección jurídica pertinente.

Es inevitable progresar a la par de un mundo en constante evolución. Nuestro ordenamiento jurídico debe hacerlo también y extender la debida protección no discriminatoria a los grupos GLBT que ya han sido marginados por un largo tiempo. Es momento de hacer un reconocimiento expreso en la legislación interna, como debidamente lo hacen los derechos humanos; en particular en las normas Constitucionales y del Código de la Niñez y Adolescencia que expresamente prohíben la adopción en parejas GLBT.

Es notable la escueta protección que se otorga a estos grupos donde se violentan sus derechos fundamentales. Por esta razón este estudio servirá para investigar y promover los derechos igualitarios entre los ciudadanos, sin importar su orientación sexual con respecto a la adopción; en este momento en que el asunto es bastante nuevo en la legislación ecuatoriana y se está en el tiempo crucial para proponer soluciones probables al problema planteado.

CAPÍTULO I LA ADOPCIÓN

Hoy por hoy la adopción puede ser vista como una manera de crear una familia, de expandir una familia, de perennizar la descendencia, o para acceder al derecho a tener una familia, según la Convención Interamericana de Derechos Humanos; así como para poder brindar una familia a un niño que por un motivo u otro no tiene una, en estricta observancia de su mejor interés. Sin embargo, la mayoría de las adopciones en tiempos antiguos no fueron llevadas a cabo buscando el interés del niño, era de hecho todo lo contrario. Los niños huérfanos o abandonados muchas veces se convertían en esclavos. Desde los tiempos antiguos y en todas las culturas humanas, niños han sido transferidos de adultos que no querían o no podían ser padres a adultos que los querían con la finalidad de amor, trabajo o propiedad. La relación de la adopción con humanitarismo e infertilidad es más bien un fenómeno moderno. (The Adoption History Project, 2007)

Se verá una breve historia acerca de la adopción a fin de ilustrar el origen y desarrollo de esta noble institución.

1.1 Referencia Histórica

La adopción data de épocas antiguas e incluso se encuentra mencionada en la Santa Biblia en libros bíblicos del Antiguo y Nuevo Testamento donde se evidencia como parte de la cultura judeo-cristiana la costumbre de adoptar. Se vislumbra en los casos específicos de Moisés (Éxodo Cap. 2, 1-10) quien teniendo tres meses de nacido y tras la orden del faraón Egipcio de dar muerte a todos los infantes israelitas, por miedo a que los israelitas fueran más, fue abandonado en una canasta y colocado en el curso del río Nilo, posteriormente encontrado por la Hija del Faraón quien decidió adoptarlo y mantenerlo bajo su cuidado. Ester (Ester Cap. 2, 5-9) de igual forma, es otro ejemplo de adopción quien siendo una niña huérfana de padre y madre fue tomada como hija adoptiva por Mardoqueo, un servidor del rey de Babilonia, Nabucodonosor.

Finalmente, Jesucristo (Mateo Cap. 1, 18-25) donde Dios habló con José, esposo de María y le indicó en sueños que tome a su esposa y se haga cargo del hijo que ella lleva en su vientre. José obedeció la orden de Dios y se trasladó junto a María para Belén aceptando al niño que estaba por nacer como hijo suyo. (Bible Gateway, 2011)

En la edad antigua, el origen de la adopción debe hallarse, sin lugar a dudas, en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos. Una hipótesis, y tal vez la más fundada, indica que ésta nació en reemplazo del *levirato*, palabra que se deriva del latín *levir*, "hermano del marido", institución según la cual la mujer viuda debía unirse sexualmente al hermano de su marido o al pariente más próximo al marido, y se consideraba al hijo procreado como hijo del fallecido, lo que permitía la continuación del culto doméstico. (Diccionario Enciclopédico Ecovisiones, 2007)

Sin embargo, existe la corriente de los que piensan que la institución nació desde la época del Código de Hammurabi, (Rueda, 2000) expedido éste en el Siglo XX a.C.

El Código de Hammurabi consagra normas enfocadas a brindar protección a cierto tipo de individuos que por su condición de inferioridad, merecen especial protección por la normativa legal. A continuación, para visualizar más el tema, se transcribirán las leyes pertinentes del Código:

Ley 185: Si uno tomó un niño en adopción, como si fuera hijo propio, dándole su nombre y lo crió, no podrá ser reclamado (por sus parientes)

Ley 186: Si uno adoptó un niño, y cuando lo tomó hizo violencia sobre el padre y la madre, el niño volverá a la casa de sus padres.

Ley 187: El hijo de un favorito (cortesano), de un oficial del palacio o de una mujer pública, no puede ser reclamado.

Ley 188: Si un artesano adoptó un niño y le enseñó su arte, no puede ser reclamado.

Ley 189: Si no le enseñó su arte (oficio), volverá a casa de su padre

Ley 190: Si uno no contó entre sus hijos un niño que adoptó, éste volverá a la casa de su padre.

Ley 191: Si uno tomó un niño para la adopción, y lo crió y educó, funda luego una familia y tiene por ello hijos y ha resuelto quitar la filiación al adoptado, el adoptado no se irá con las manos vacías: el padre que lo crió y educó, le dará un tercio de la parte que sus hijos herederos tendrían en su fortuna (mobiliaria) y el hijo criado se irá. Del campo, huerto y casa, no le dará nada.

Ley 192: Si el hijo de un favorito o de una cortesana, dijo al padre que lo crió o la madre que lo crió: "tú no eres mi padre", "tú no eres mi madre", se le cortará la lengua.

Ley 193: Si el hijo de un favorito o de una cortesana ha descubierto la casa de su padre, ha tomado aversión al padre y la madre que lo han criado, y se fue a la casa de su padre, se le arrancarán los ojos.
(Arqueólogos, 2009)

El Código de Hammurabi, como se evidencia, es sumamente severo, llegando a castigos físicos a los hijos adoptados que deshonren a sus adoptantes. Sin embargo, se puede apreciar de que a parte de la severidad de sus castigos, normó de alguna manera a la adopción en cuanto a lo que le corresponde materialmente al hijo adoptado, y en lo referente a la ruptura de nexos con la familia biológica

Por otro lado, la adopción en las tribus norteamericanas se daba cuando fallecía un hijo legítimo, éste se reemplazaba con uno adoptivo dado que la pérdida de una persona por causa de muerte era una pérdida demasiado grave y debía ser remediada lo antes posible. Éste reemplazo se hacía con uno o más dependiendo de la importancia que tenía en el círculo social la persona fallecida. (Lizarazo Ávila, 1980)

Para los pueblos hebreos, griegos, romanos y egipcios existieron dos figuras: el *levirato* y la *adopción*.

El primero, el levirato, como se dijo anteriormente, tenía por finalidad perpetuar el nombre del varón siempre que no hubiese dejado descendencia y por tanto se conservaba el derecho a la progeneración y al mismo patrimonio del occiso.

De igual manera, los egipcios utilizaron la figura de la adopción. Se velaba por suplir la carencia de descendencia, mayormente varones, ya que éstos eran los que debían perpetuar la descendencia de los padres adoptivos y también; la adopción era un medio para ayudar a otorgar una protección a los desvalidos o menos favorecidos dentro de la misma sociedad, con todos los derechos y obligaciones que cualquier hijo legítimo.

En Grecia el objetivo de la adopción era el de tributarle y rendirle culto a las almas de aquellos muertos de manera que se perpetúe el culto familiar; sin embargo, no todas, sólo algunas ciudades griegas conocieron la adopción como tal. Esparta no fue una de ellas ya que se creía que el Estado no servía al individuo, sino que el individuo servía al Estado, y siendo Esparta un pueblo guerrero, los desvalidos eran despedidos.

En Atenas, en cambio, la institución tuvo su protección jurídica y fue muy importante y trascendente. (Rueda, 2000)

Se evidencia que a lo largo de Europa, la adopción tenía diferentes propósitos por cumplir y cada ciudad adoptó la figura como mejor le convenía hacerlo, pero cada una tiene en común el perpetuar el linaje o el culto familiar.

A pesar de todo, es a los romanos a quienes se les debe la tradición jurídica de la adopción de Occidente pues de ahí surgen las raíces de la adopción como se la conoce.

En Roma la adopción se utilizaba para otorgar personas a quienes les faltaban herederos y que en virtud de su pertenencia a un estrato social, necesitaban que se les garantizara la continuación de su linaje y, por tanto, apadrinaban o adoptaban a otra persona. También, como los griegos, los romanos usaban la figura de la adopción para garantizar la continuidad del culto a los muertos (Petit, 1994)

Hubo dos clases de adopciones:

La *adrogatio*: adopción de alguien no sometido a ninguna clase de potestad. Esto se daba con ciudadanos autónomos para que el linaje del paterfamilia no terminara con su muerte.

La *adoptio*: adopción de alguien sometido a otra potestad. Esta es la verdadera adopción en la cual se busca romper con la autoridad del padre natural y hacer pasar al hijo como adoptivo (Petit, 1994)

La adopción daba derechos de agnación, pero no de cognación. Por tanto el adoptado era pariente de la familia del adoptante pero no de la esposa ni de la familia de ella, por ende, la esposa no era la madre del adoptado. (Rueda 2000)

Durante la Edad Media, en Europa la adopción perdió importancia y disminuyó debido a que los feudales y los sacerdotes eran el asiento de las instituciones sociales. “sólo en España la adopción se mantuvo regulada con detalle a través de los siglos, siguiendo, como según puede verse en las Partidas, el molde romano manteniendo, entonces, la originaria distinción entre la simple adopción y la adrogación” (Bossert, 1999: p. 389). Esta baja en la importancia de la adopción se debió a que ya empezó a existir una diferenciación entre los hijos legítimos y no legítimos, éstos últimos vistos como menos; y por la tradición Cristiana que cobró fuerza y se manifestó a través de la caridad institucionalizada y reemplazando al adoptante como sujeto. En vez de adoptar

un niño lo que se hacía eran cuantiosas donaciones a casas que albergaban niños abandonados.

La adopción moderna, sin embargo, tiene sus raíces en Estados Unidos. Desde la primera vez que colonizadores llegaron a Estados Unidos, la guerra, pobreza, enfermedad y otras tragedias dejaron incontables niños en la orfandad. Hasta la década de 1850, se practicaba la adopción informal, usualmente, un familiar adoptaba al niño que se había quedado huérfano. Paulatinamente este asunto se fue normando. El número de niños huérfanos incrementó considerablemente durante la guerra civil y siguió en aumento con la inmigración.

Entre 1929 y 1959 aproximadamente 200,000 niños huérfanos fueron transportados de las ciudades a áreas rurales implementando de esta manera lo que sería en un futuro el sistema americano de cuidado de crianza. (Rueda, 2000)

A inicios del siglo 20, el presidente de ese entonces, Theodore Roosevelt, recomendó alejarse de los orfanatos y animó el proyecto de colocar a niños huérfanos en hogares de familia.

Después de la primera guerra mundial, la demanda para adoptar creció debido a diversos factores como la disminución de la población causada por la guerra y la epidemia de influenza de 1918. Se implementó el sistema de adopción “cerrada” en la cual la identidad de los padres biológicos, así como de los adoptantes es mantenida secreto ya que se creía que ayudaba a crear un mejor lazo entre el niño y sus nuevos padres y evitar el estigma de ilegitimidad. Para mediados de 1950 la demanda por bebés saludables excedía el número de los disponibles; esto debido a que existían y estaban disponibles mejores y efectivos métodos anticonceptivos, un alza en la tasa de aborto, y el incremento de mujeres solteras que decidían quedarse con sus hijos en vez de darlos en adopción. (Lori, 2006)

En 1939 Francia impone la *legitimación adoptiva* que estaba “destinada a mejorar las condiciones de los niños de corta edad, hijos de padres desconocidos o fallecidos y niños abandonados, respondiendo al deseo de los adoptantes que buscan niños libres de todo vínculo de sangre” (Zannoni, 1981: p. 533)

En otras palabras, esto integraba al adoptado de manera irrevocable y definitiva a la familia del adoptante extinguiendo así todo vínculo que se pueda tener con la familia biológica. Este ha sido un punto clave en todo el panorama de la adopción como es conocida hoy ya que es la base de la figura de la adopción plena. (Falconí, 2005)

Como se verá más adelante, en el Ecuador únicamente existe la adopción plena por medio de la cual se establecen todos los derechos y obligaciones de una relación padre e hijo.

Luego de la Segunda Guerra Mundial y a causa de la guerra de Corea en la década de 1950 surgió el fenómeno de la adopción internacional y se reguló “como proceso de protección para los niños desamparados” (UNICEF, 1991: p. 2)

Durante la década de 1970 la adopción “abierta” en la que los padres biológicos y los adoptivos sabían sus identidades, se hizo más aceptada. La adopción alcanzó su pico más alto en 1970 y desde entonces se ha estabilizado.

Desde finales del siglo 20 la adopción internacional se ha hecho predominante y consiste en adoptar niños nacionales de un país extranjero, es así que por ejemplo en Estados Unidos se pueden adoptar niños de Japón.

1.1.1 Adopción en el Ecuador

La adopción entró en nuestra legislación sin mucha simpatía, debido a la arraigada creencia religiosa de que los hijos debían nacer en el seno de una familia; y de forma atrasada precisamente en el año 1948 mediante decreto ejecutivo y fue incluida en el Código Civil en la edición de 1950.

La adopción fue ignorada y omitida de las legislaciones latinoamericanas de principios del siglo actual. Es así como proyectos tan adelantados y elogiados en su época, como el de Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield, que se transformaron luego, respectivamente, en los Códigos Civiles de Chile [*Ecuador*] y Argentina, no contenían ningún precepto reglamentando la adopción. (Pilotti, 1988: p. 14)

El Código Civil en su edición de 1970 definió a la institución de la siguiente manera:

Art. 332.- La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado.

Solo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años.

Nota: Artículo reformado por Decreto Supremo No. 2572, publicado en el Registro Oficial 615 de 26 de Junio de 1978. (Código Civil, 1970)

Esta concepción de adopción, sin embargo, hace que la misma sea considerada como una adopción simple, en otras palabras no se asimilaba al hijo adoptado como un propio hijo. A decir de Alberto Wray expresa lo siguiente: "...la naturaleza semiplena de la adopción, en cuya virtud el adoptado no pierde los vínculos con su familia natural, hace desistir a muchas

personas en sus afanes de adoptar, por cuanto la situación del menor adoptado resulta, en definitiva, incierta.” (Wray, 1991: p. 124.) En esta época, el Código Civil no definió a la adopción como un medio de protección teniendo, además, efectos en derechos de los adoptados, como el parentesco. (Falconí, 2005).

Actualmente, nuestro Código de la niñez y Adolescencia si considera como fundamental la protección que debe brindarse al niño, niña o adolescente que es adoptado, haciendo de esta protección el pilar de la adopción en sí misma.

Como se vio anteriormente, en Roma la adopción fue utilizada con fines utilitarios para preservar la tradición familiar, pero en el Ecuador y aún en el siglo XX, la adopción fue vista con fines caritativos. Es así que ha ido evolucionando para no ser considerada una institución con objetivos utilitaristas ni una institución con objetivos caritativos como sostuvo por tiempos el derecho canónico, sino que ha evolucionado hasta tener verdaderos fines de protección hacia el menor en un sistema de derechos. (Falconí, 2005).

Se expidió el Código de Menores en 1976 utilizando la definición de adopción del Código Civil. Se lo modificó debido a un par de escándalos; en el gobierno de Hurtado los Servicios de Protección Italiana adoptaron una niña, y posteriormente en el gobierno de Borja se descubrió una red de adopciones ilegales; y se expidió el reglamento al mismo en 1988.

Con la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Ecuador en 1989 y que entró en vigencia en 1990 se cambió la perspectiva con la que se veía a la adopción en el país. La entrada en vigor de La Convención tuvo sus percances debido a que existieron contradicciones entre leyes antiguas de situación irregular con las normas de sistema de protección de derechos que la convención amparaba. Es entonces cuando se buscó concordar la legislación interna con La Convención reformando el código para empapar a la adopción con el sentido de protección que ésta está destinada a proveer y se reemplazó la adopción simple por la plena:

Art. 103.- La Adopción es una Institución jurídica de protección de menores con carácter social y familiar por la cual una persona, llamada adoptante, toma por hijo a una persona que no lo es, llamada adoptado. El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el menor apto para adopción tenga una familia permanente.

La adopción no está sujeta a condición, plazo o gravamen alguno. Cualquier disposición en contrario se tendrá por no escrita, sin afectar por ello la validez de la adopción. (Código de Menores, 1992)

Posteriormente, se derogó el Código de Menores y fue sustituido por el Código de la Niñez y Adolescencia en el 2003, de manera que cambió el panorama de la adopción en el Ecuador.

El Código de la Niñez y Adolescencia se rige bajo el principio del interés superior del niño, que se verá en detalle más adelante. Así también, será materia de análisis en el acápite 1.4 de este trabajo de titulación.

1.2 Definición

Toda vez que ya fue revisada la referencia histórica sobre la adopción, se procederá a dar una definición de la misma. Existe una diversidad de enfoques que se pueden dar a la definición de adopción. En un sentido sociológico, la adopción puede ser entendida como el acto mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas similares a estas de la paternidad (Bossert et al., 1999). Se le da un aire afectivo a esta definición mencionando vínculos similares a los de la paternidad. Siendo los vínculos paternos muy afectivos, así como sociológicos no se mencionan los rasgos jurídicos de la adopción. Existen otros autores que le dan un toque jurídico:

Es la figura jurídica de integración familiar que se constituye por resolución judicial, creando entre el adoptante y el adoptado vínculos similares a los de filiación por naturaleza, extinguiendo a su vez los

vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia natural (Cayuela, 2003: p. 6)

Cayuela elimina por completo el enfoque sociológico y afectivo dentro de su definición.

Sin embargo, el autor Jaime Buenahora va más allá y también da una definición de la adopción: “desde un marco estrictamente jurídico, colegimos nosotros que la adopción no es otra cosa que un conjunto de normas configurativo de una institución jurídica.” (Buena hora Febrés-Cordero, 1977: p. 69)

Esta definición es completamente jurídica, como bien se indica, sin embargo; no existe diferenciación alguna con cualquier otra institución jurídica ya que, evidentemente, toda institución jurídica se encuentra configurada por un conjunto de normas.

En nuestro país, se halla la definición de adopción en el Código Civil mediante la cual se rige esta institución nacionalmente:

Art. 314.- La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado.

Sólo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años. (Código Civil Libro I, 2005)

El Código Civil nos ha dado una definición más precisa de lo que se puede entender por adopción. Estos derechos y obligaciones se refieren a los mismos existentes entre padres e hijos.

1.3 Objetivos

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su Título VII, Capítulo I, comienza a tratar el tema de la adopción y manifiesta la finalidad de la adopción:

Art 151.- Finalidad de la adopción.- La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Al respecto, el Dr. Efraín Torres indica que esta no es la finalidad, pues está definiendo el concepto

En efecto, me parece que el fin no es garantizar una familia sino dar un verdadero hijo a unos padres que deseando tenerlos, biológicamente no han podido. Naturalmente, que esa adopción debe venir a través de una familia idónea, en forma permanente y definitiva, la adopción de un niño que básica y primordialmente necesita calor y afecto humanos, para que se desarrolle y crezca en las mejores condiciones. (Torres, 2003: p. 115)

Puede ser que subsista la idea romana de que la adopción existe para continuar con el linaje familiar y que este no se pierda. Pero el mundo cambiante y la evolución de las personas ha hecho que esta concepción ancestral de la adopción se vaya perdiendo tomando ahora diferentes tintes.

Guillermo Borda indica que los objetivos de la adopción son dos:

Por una parte, brinda protección al menor; por otra, da hijos a quien no los tiene de sus sangre, se atiende a ambos aspectos, colma dos vacíos, salva dos obstáculos sociales: el de una niñez desviada o en trance de desviarse, y el de una paternidad frustrada o imposible (Borda, 2002: p. 335)

No se concuerda con estos objetivos por si solos debido a que no se ha comprobado que los niños en orfandad tengan una niñez “desviada” y tampoco el hecho de que potenciales adoptantes no puedan tener hijos es un requisito para la adopción debido a que esta puede ocurrir aún en parejas perfectamente capaces de tener hijos así como en personas solas.

María Josefa Méndez (2001), citada por Diego Falconí indica que los “nuevos objetivos” de la adopción son: a) ser una institución de protección familiar y social, b) ser un medio de prevención del abandono y c) ser una institución de protección al menor (niño, niña o adolescente en lenguaje más propio)” (Falconí, 2005: p. 15)

De muchas maneras, se puede ver a la adopción como un acto beneficioso para muchas partes, inclusive para la sociedad. Sin embargo, en este trabajo de titulación se ha establecido que los primordiales objetivos de la adopción son:

1. Garantizar el derecho que todo niño tiene a desarrollarse en un ambiente familiar normal.
2. Suministra una familia de forma definitiva a niños y niñas que por diferentes circunstancias no pueden convivir con su propia familia.
3. Otorgar a los padres que lo deseen así, la experiencia de vivir y disfrutar de la paternidad.

Evidentemente es una situación en la que ambas partes, adoptado y adoptante/s ganan y viven una gran experiencia.

Puede que existan más objetivos según el diferente pensamiento de cada tratadista. En esta investigación se ha tratado de delimitar de manera concreta los considerados más importantes y así señalarlos. En definitiva, sin embargo, se puede decir que la “adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado,

se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la poseen por naturaleza” (Monroy Cabra, 2001: p. 138)

1.4 Características

1.4.1.- Interés superior del Niño

Como principal característica se debe decir que se protege el interés “superior” del menor. Se vela y trata de proteger el interés superior del niño en todo momento, primeramente al garantizar una familia capaz y definitiva para el niño o adolescente, estableciendo los derechos y deberes propios de un niño consanguíneo y finalmente, estableciendo una serie de principios por los cuales se debe regir la figura de la adopción en el Ecuador.

El siglo XX ha sido un siglo de aseveración progresiva del nuevo puesto del niño en la sociedad y si se consideran los acontecimientos históricos que han marcado la historia de la infancia, se evidencia de que ha habido una preocupación más acentuada del niño como persona merecedora de interés, hasta el punto de que se han orientado las políticas de educación, de cuidados o incluso económicas más hacia el niño y sus necesidades, hasta preceder a sus deseos.

El apogeo de este interés por el niño confluye en la novedosa posición de este, que sitúa al niño en la situación de un objeto de protección al mismo tiempo que de un sujeto de derecho. Es esta situación de sujeto de derecho la que va a obligar a una reforma importante en las mentalidades, en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales. (Revista Judicial La Hora, 2008)

Este tema, no es sencillo en sí mismo y es revolucionario, puesto que opera una verdadera revolución en la manera de considerar al niño y que acarrea una transformación importante de las disposiciones legislativas existentes, como ya

se ha visto, en la mayoría de los Estados, incluido el nuestro, se demuestra la introducción de un nuevo concepto jurídico: *el interés del niño*.

Es necesario tocar el tema del instrumento de aplicación internacional que ha servido como fundamento para cualquier tema que trate sobre la protección a niños, niñas y adolescentes: la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Este documento ha cambiado la perspectiva que tradicionalmente se tenía sobre la adopción. Primero toma a la adopción como un sistema de protección a los niños, niñas y adolescentes y segundo el principio del interés superior del niño, niña o adolescente toma un papel muy importante dentro de la adopción. Es así que la convención establece en su artículo 21: "Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial". (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Para tratar de definir el interés del niño se puede decir que "el interés superior del niño" es una disertación que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción de "bien del niño", después en su forma actual del "interés superior del niño". Es por tanto, un concepto jurídico relativamente moderno, que casi no ha sido objeto de estudios de manera global, ya que el contenido permanece bastante indeterminado y las funciones son variadas. Entonces es más estudiado desde un punto de vista jurídico que en verdad de forma sistemática, sin embargo, de manera simple, se diría que lo que debe ser observado es el "bienestar" del niño.

1.4.2.- La adopción es una institución

La adopción es una institución, según la concepción de nuestro Código Civil, con gran importancia social y cultural. El Estado es el ente encargado de la observancia a las normas que rigen la adopción, así como la legalidad de la misma. Se crean lazos más fuertes que en un contrato por lo cual se puede

hablar de institucionalización, y las normas de la adopción no pueden ser modificadas por las partes, como puede suceder con las cláusulas en los contratos. Las partes contrayentes son por un lado el adoptante, que debe cumplir con una serie de requisitos establecidos en la ley para el efecto, y el adoptado que es el niño, niña o adolescente que se encuentra en aptitud legal para ser adoptado.

1.4.3. Acto solemne

La adopción es un acto solemne con requisitos varios establecidos en la ley para su completa eficacia, tal como lo expone Dusi citado por María Josefa Méndez “un acto jurídico y solemne, en virtud del cual la voluntad de los particulares, con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra, naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de filiación” (Méndez, 2001: p. 53) Esta definición de adopción se creyó más conveniente incluirla en este acápite para tratar la característica de la solemnidad. Se expresa la necesidad de la voluntad de los particulares para llevarla a cabo, en este caso y como se verá, la voluntad de los adoptantes y adolescentes es indispensable mientras que la de los niños y niñas no, aunque si tienen algo que expresar al respecto, se atenderá a sus alegaciones.

1.4.4 La adopción no es una ficción jurídica

Se va a analizar un poco el tema de si la adopción puede ser considerada o no una ficción jurídica. La adopción en Roma nació como medio para crear nexos familiares donde no existían originalmente, se hablaba de una *ficción jurídica* que buscaba extender la familia. (Falconí, 2005)

Planiol y Colin defienden la tesis de que la adopción no es una ficción sino que de hecho viene a ser una “realidad psicológica-social”. Es decir que la adopción es un medio de protección para el menor de edad que se encuentra abandonado y además, que la paternidad y la maternidad no se encuentran

fundamentadas exclusivamente en vínculos de sangre sino que también reposa en aspectos morales, sociales y familiares. (Rueda, 2000)

Se considera que la adopción no es de ninguna manera una ficción, porque de serlo, no constituiría un estado civil entre adoptante y adoptado y crearía únicamente los derechos y obligaciones que la ley señala en cada caso limitándola así, única y exclusivamente al derecho positivo. Es así que sería más apropiado considerar a la adopción como una realidad psicológica-social por tener una visión protectora hacia el niño, niña o adolescente, y no como una simple ficción. (Falconí 2005)

1.4.5 Intervención de autoridades judiciales y administrativas

Para que la figura de la adopción opere, requiere necesariamente la intervención estatal en la figura de autoridades administrativas y judiciales.

El juez es la única autoridad facultada para aprobar una adopción, previo al examen realizado por la autoridad administrativa, que se verá en el capítulo segundo. Cualquier “adopción” que sea realizada sin observancia a esta solemnidad, será considerada como ilegal y por tanto ilegítima por haber sido aprobada por una persona o entidad que no es competente para el efecto.

1.4.6.- Extinción de vínculos con familia de origen

Por medio de la adopción, se extingue todo vínculo del adoptado con su familia biológica, a pesar de que el Código de la Niñez y Adolescencia señala que aunque queden extintos los vínculos, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de relaciones de parentesco extinguidas.

Es así que la adopción ha tenido varias facetas desde su origen, siendo utilizada para fines diversos hasta evolucionar en la institución que es hoy en

día. Con sus objetivos y características aclarados, se pasará a revisar como se encuentra el tema normado en nuestro país.

CAPÍTULO II ANÁLISIS DE LA NORMATIVA

Se mencionó ya en el primer capítulo, que la adopción es una medida extraordinaria que se da a un niño, niña o adolescente para que pueda convivir en un medio familiar idóneo. Éste se da cuando los otros medios de inserción en su propia familia no son posibles o han fallado. Se analizará la normativa interna que trata el tema, así como un pequeño estudio de derecho comparado con la legislación danesa, puntualizando como una legislación de un país avanzado como lo es Holanda maneja y ha encontrado la manera de regular y legislar sobre este asunto.

2.1 Legislación Interna

En la legislación ecuatoriana, La Constitución de la República del Ecuador dentro de su Título II, Capítulo III, Sección Quinta sobre Niñas, Niños y Adolescentes, determina en sus artículos 44 y siguiente:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

El estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Se reconoce expresamente a los niños, niñas y adolescentes como miembros activos de la sociedad, otorgándoles una serie de derechos que si bien antes se consideraban, eran más bien implícitos.; Se indica incluso que los mismos prevalecerán por sobre de los de las demás personas y protegiendo incluso al niño o niña no nacido/a.

Se intenta proteger a este grupo en cualquier medio sea este social, cultural, educativo etc. Se promoverá su desarrollo en todo sentido y se establece incluso que deben ser consultados en asuntos que les afecten; como en efecto sucede en la adopción en el caso de niños, niñas y adolescentes que tienen hermanos. Éstos pueden manifestar su deseo de mantenerse en contacto con ellos o de no ser separados. Serán consultados en todos los casos los

adolescentes que vayan a ser adoptados y los niños y niñas que estén dispuestos a dar su opinión. Se ha dejado de tomar a los niños niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria, para trasladarlos a ser sujetos de derechos que gozan de los derechos establecidos en los artículos transcritos así como los constantes en demás cuerpos de la legislación nacional e internacional.

Se demuestra una vez más que esta Constitución es completamente garantista priorizando los derechos de los grupos anteriormente conocidos como “vulnerables”, como los niños, expresamente plasmando los derechos que son inherentes a los mismos. Se debe entender que son los mismos que a todo ser humano, pero con la añadidura de los que son relativos a su condición de menores de edad.

Es así, que La Convención de los Derechos del Niño de 1989 establece en su artículo 20:

Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Es evidente que la redacción del artículo precedente carece un poco de técnica en la redacción. A decir de María Josefa Méndez, esto se debe a que originalmente la Convención fue redactada en idioma inglés y como en cualquier trabajo de traducción, hay un poco de sentido que se va quedando atrás debido a la interpretación y manera de traducir, lo cual no sucede en el idioma inglés. (Méndez, 2001)

Ahora, la cuestión del interés superior ya fue tratada en el capítulo anterior al mencionar que es la más importante característica de la adopción. Se añade lo que dice el autor Juan Pablo Cabrera Vélez:

Podremos apreciar que el Estado debe garantizar a los niños y adolescentes una familia, con esto no se pretende decir que el Estado es un todo poderoso que puede crear u obligar a alguien, para que cumpla con este fin, pero, lo que estaría en capacidad de hacer, es crear un medio idóneo que se asemeje a una familia y que le brinde las mismas protecciones. (Cabrera Vélez, 2008: p. 32.)

Es precisamente éste el punto de partida para el nacimiento de la adopción. El Estado pues, como sujeto garantista a los derechos de los ecuatorianos, debe ser el encargado de impulsar esta figura en aras de que la mayor parte posible de niños, niñas y adolescentes que no tienen una familia puedan así acceder a una y poder de esta manera cumplir con los derechos que ya fueron revisados y que se encuentran consagrados en la Constitución. Así también es el Estado el organismo encargado, a través de sus diversos órganos, de buscar por que la adopción nacional sea la primera opción, velando por el derecho de familia que asiste a cada ecuatoriano y por el interés superior de niños, niñas y adolescentes ecuatorianos. La adopción internacional será una excepción.

Al respecto el Código Civil también regula esta institución y en ese sentido indica:

Art. 314.- La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado.

Sólo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años

Art. 315.- El adoptado llevará el apellido del adoptante; y si lo hubiere sido por ambos cónyuges, llevará, en segundo lugar, el apellido de la adoptante.

Al llegar a la mayor edad el adoptado podrá tomar los apellidos de sus padres naturales, previa declaración ante el juez que resolvió la adopción, quien dispondrá se anote tal particular al margen de la correspondiente partida de adopción (...) (Código Civil Libro I, 2005)

Aquí, y siendo el Código Civil la que establece los lineamientos por los cuales la adopción debe manejarse, se ve un concepto mucho menos profundo. Se habla en particular de los sujetos principales en una adopción que vendrían a ser adoptante/s y adoptado

Se observa que aquí únicamente en el caso de la adopción se da una excepción con respecto de lo que se debe considerar la minoría de edad, señalando la misma hasta cumplir los 21 años. Para todos los demás efectos jurídicos, la ley es clara al señalar que la misma es al cumplir los 18 años de edad de acuerdo al artículo 21 del mismo Código Civil.

También existe la completa libertad de que el adoptado use el apellido de su adoptante, o decida utilizar el apellido de sus padres o madre biológica dependiendo absolutamente de la voluntad del mismo.

En el Ecuador solo se admite la adopción plena, como se verá a continuación:

Art. 152.- Adopción plena.- La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Se considera entonces al hijo adoptado como un hijo propio, y no podría ser de otra manera. El momento que una persona o pareja decide adoptar, lo hará con pleno entendimiento de que su hijo tendrá absolutamente todos los derechos y obligaciones que uno biológico y deberá ser tratado en todo momento como tal.

Es evidente el motivo por el cual, a pesar de romper toda relación con la familia de origen, subsisten sin embargo los impedimentos matrimoniales con la misma.

Además, el mismo Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 153 establece los principios de la adopción:

Art. 153.- Principios de la adopción.- La adopción se rige por los siguientes principios específicos:

1. Se recurrirá a la adopción cuando se hubieren agotado las medidas de apoyo a la familia y de reinserción familiar;
2. Se priorizará la adopción nacional sobre la internacional. La adopción internacional será excepcional;
3. Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas;
4. Se preferirá como adoptantes a los miembros de la familia de origen del niño, niña o adolescente, hasta el cuarto grado de consanguinidad;
5. El niño y la niña siempre que estén en condiciones de hacerlo deben ser escuchados en el proceso de adopción y sus opiniones serán valoradas

- de acuerdo al desarrollo evolutivo y emocional de cada uno. Es obligatorio el consentimiento del adolescente;
6. Las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última;
 7. Los candidatos a adoptantes deberán ser personas idóneas;
 8. Los niños, niñas, adolescentes y los candidatos a adoptantes deben recibir una preparación adecuada para la adopción; y,
 9. En los casos de adopción de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a los pueblos y nacionalidades indígenas y afro - ecuatorianas, se preferirá a adoptantes de su propia cultura. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

La adopción en nuestro país es vista como un medio excepcional. Es decir, no se acude a ella al menos de que se haya intentado ya dejar al niño dentro de su propia familia de origen y esto no haya resultado o simplemente no haya sido una opción. Así como se prioriza la adopción nacional, con la finalidad de dar hogar a nuestros propios niños y luego, de ser necesario, a niños extranjeros.

La priorización de la adopción por parte de parejas heterosexuales legalmente constituidas, por sobre las personas solteras intenta buscar dar un equilibrio a lo que sería la vida del adoptado. Sin embargo, no se debe olvidar que la actual Constitución reconoce la familia en todos sus tipos por lo cual se encuentra aquí también una discriminación e inconcordancia con respecto a las personas solteras que se encuentren en aptitud legal y por uno u otro motivo no han logrado tener una familia, no tendrán las mismas oportunidades que aquellas que tengan una pareja. Se menciona también a la adopción por personas solteras y como se mencionó ya en el capítulo primero, no se hace alusión a la orientación sexual de esa persona soltera.

El hecho que se deje intervenir al adoptado en el proceso, escuchando lo que tiene que decir (a los adolescentes en todos los casos ya que es necesario su consentimiento y a los niños y niñas que deseen hacerlo) permitiría un entendimiento claro de que es lo que el niño, niña o adolescente desea en realidad y se le estará informando su condición de futuro adoptado y podrá expresar sus emociones al respecto.

Teniendo el mismo adoptado el derecho a saber su condición de adoptado demuestra la aceptación del niño dentro de su nuevo hogar y por ende dentro de la sociedad. Conociendo el niño su origen así como su historia, y su familia consanguínea se crea seguridad en el menor.

Se puede preguntar ¿cómo se califica la idoneidad de los adoptantes? Es decir, ¿bajo qué lineamientos estos serán calificados, y que es ser considerado “idóneo”? La Real Academia de la Lengua Española define a idóneo como “Adecuado y apropiado para algo” (Real Academia Española (2001): Diccionario de la Lengua Española). La idoneidad puede ser algo sumamente subjetivo sujeto al criterio del funcionario encargado de calificarla. Esta calificación será realizada por la entidad competente señalada en la Ley para el efecto, de acuerdo a los datos proporcionado por las personas que desean ser adoptantes en la fase administrativa; previa a la judicial.

La preparación adecuada para los sujetos activos del proceso de adopción se da durante la fase administrativa cuyos objetivos primordiales son: 1) estudiar e informar sobre las condiciones sociales, familiares, legales, psicológicas y físicas del posible adoptado, 2) Expresar la idoneidad de los posibles adoptantes y 3) Asignar una familia a un niño, niña o adolescente.

La preferencia de dejar a un niño, niña o adolescente indígena o afro-ecuadoriano en su propio pueblo, evita que se desprenda de sus raíces ancestrales, permitiéndolo estar en contacto con las mismas y poder así vivir las tradiciones de su pueblo y la experiencia que esto conlleva. Analizado un

poco el tema de cómo se encuentra regulada la adopción en nuestro país, se evidencia de que se busca el mejor bien posible para el niño, niña o adolescente que está por ser adoptado; salvaguardando una serie de derechos que son inherentes a los mismos por su calidad de niños, niñas y adolescentes.

2.2 Análisis de Derecho Comparado: Legislación Holandesa

Se realizará este análisis de derecho comparado debido a que Holanda fue el primer estado en permitir la adopción por parte de personas GLBT. Existe desde el 2001. Sin embargo, la condición es de que sólo los niños holandeses podrán ser adoptados por estas personas para que no haya conflictos legales con demás países que no estén de acuerdo con esta práctica. (Center for Adoption Policy, 2006)

Se ha procedido a extraer un resumen de la Ley de Adopción Danesa, lo cual ha permitido que se realice el siguiente análisis comparativo:

Con respecto a la adopción en Holanda, se puede decir que la legislación moderna fue introducida primero en 1956. Se encuentra regulada por el Código Civil, mismo cuerpo de leyes que establece un marco normativo que regula la adopción en ese país.

El número de adopciones domésticas en Holanda es limitado. Aparte de la adopción por el/la esposo/a del padre/madre biológico, lo que sucede mayoritariamente en parejas lesbianas, únicamente hay un estimado de 40 casos por año en el que las madres dan en adopción a sus bebés

En Holanda solamente puede ser adoptado el menor de 18 años sin excepción alguna, a diferencia de la legislación ecuatoriana que permite, en ciertos casos, la adopción del mayor de 18 años, hasta los 21 años (Artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia): a) cuando entre adoptante y adoptado existiera una relación de quinto grado de consanguinidad. b) cuando el adoptado ha

estado integrado a la familia del adoptante por un periodo no menor a dos años. c) cuando el adoptado ha formado parte de la familia del adoptante desde su niñez o adolescencia por no menos de cuatro años, y d) cuando es posible la adopción del hijo del conyugue. En ningún caso se puede acceder a la adopción de una persona mayor de 21 años.

La condición es que, al igual que en nuestra legislación que indica que la adopción extingue el parentesco entre el adoptado y su familia biológica, el adoptado no debe encontrarse bajo la “autoridad” de sus padres biológicos.

La pérdida de la autoridad de los padres biológicos sucede en los siguientes casos:

1. Muerte de éstos
2. Su incompetencia para ejercer autoridad
3. La remoción del niño del seno familiar por el Estado y la subsecuente terminación de los derechos paternales
4. La decisión de los padres de dar en adopción a su hijo

Además, la diferencia de edades entre el adoptado y los adoptantes no puede exceder los 40 años. En el Ecuador el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 159 numeral 5, establece que la edad no será menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado, y el mismo artículo establece los siguientes requisitos para los adoptantes:

Art. 159.- Requisitos de los adoptantes.- Los candidatos a adoptantes deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar domiciliados en el Ecuador o en uno de los estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción;
2. Ser legalmente capaces;
3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos;
4. Ser mayores de veinticinco años.

5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge, o conviviente más joven;
6. En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales;
7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales;
8. Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y,
9. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Ahora, se verán los requisitos exigidos en la legislación Danesa para los adoptantes y se realizará un análisis con respecto a la legislación nacional, de acuerdo a los requisitos establecidos en la misma:

1. La solicitud de adopción puede ser introducida por una persona o dos personas que buscan adoptar juntas. Se nota que aquí existe una diferencia con respecto a la legislación ecuatoriana, que indica que la adopción, cuando sea realizada por parejas, será únicamente para parejas heterosexuales.
2. Se requiere que una persona soltera que desea adoptar haya cuidado y educado al niño por los tres años precedentes. Otra diferencia ya que en la legislación ecuatoriana no se prevé este requisito ni para personas que desean adoptar y son solteras ni para parejas que desean hacerlo.
3. Si la adopción es en parejas, no es relevante si éstas están casadas o no. En el Ecuador, como ya se mencionó, la adopción se reserva para

parejas heterosexuales, sin embargo, la ley no prevé que las parejas heterosexuales que quieran adoptar deban necesariamente estar casadas, pueden tener una unión civil.

4. Las parejas que deseen adoptar, deben haber convivido por lo menos por tres años. Este requisito no se prevé en el Ecuador ni para parejas que deseen adoptar sean estas unidas (en este caso, para la unión es necesario dos años de convivencia) o casadas; pero en el matrimonio, no existe exigencia de convivencia alguna, el simple hecho de contraer matrimonio faculta a las personas que deseen adoptar.
5. Los abuelos no pueden adoptar a sus nietos. Esto difiere de la normativa ecuatoriana toda vez que la misma establece que se debe agotar las medidas de apoyo a la familia o de reinserción familiar, siempre que se respete el límite de edad establecido.
6. Los adoptantes deben tener por lo menos 18 años mayor que el adoptado. Como requisito en la legislación ecuatoriana, y ya revisada por nosotros, se exige que el adoptante tenga por lo menos 25 años de edad, a parte de aquellos requisitos sobre la edad vistos anteriormente.

El Ministro de Justicia, encargado de otorgar adopciones en Holanda, negará la petición de adopción, si uno de ellos ha alcanzado la edad de 42 años, sin embargo, puede hacer una excepción si lo considera necesario. No se hará ninguna excepción en el caso de que ambos padres hayan cumplido los 44 años. Otra diferencia, pues es en Ecuador la función judicial la que resuelve una adopción mediante los jueces de la niñez y adolescencia.

Si la madre biológica del adoptado es menor de edad, ella debe tener por lo menos 16 años al momento de la solicitud de adopción. La normativa ecuatoriana no establece requisito para la madre menor de edad.

Se requiere una investigación familiar previa a otorgar la adopción. En el Ecuador se realiza una investigación con respecto a:

- Orfandad respecto de ambos progenitores
- Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad
- Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y,
- Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.

Con respecto a las autoridades de adopción, en Holanda, se hace una petición directa al Ministerio de Justicia, quien analiza cada caso independientemente y considera si es viable la adopción. En el Ecuador existen dos fases para la adopción. La primera es la fase administrativa ante las Unidades Técnicas de Adopciones del Ministerio de Bienestar Social; y, los Comités de Asignación Familiar y tiene por objetivos los siguientes:

- Estudiar e informar sobre la situación física, psicológica, legal, familiar y social de la persona que va a adoptarse;
- Declarar la idoneidad de los candidatos a adoptantes; y,
- Asignar, mediante resolución administrativa, una familia a un niño, niña o adolescente. Esta facultad es privativa del Comité de Asignación Familiar correspondiente.

La segunda fase es la judicial en la cual se presenta un juicio de adopción ante el Juez de la Niñez y Adolescencia, quien considera lo actuado en la fase administrativa y emite una sentencia que de ser afirmativa se inscribirá en el Registro Civil.

Con respecto a la adopción internacional, ambas legislaciones exigen la intervención de un tercero: agencias de adopción.

En ambos casos, se exige la emisión de una licencia especializada para poder ser intermediario.

De igual manera, se encontrará una concordancia entre ambas legislaciones toda vez que ambas establecen el secreto y el anonimato en los procesos de adopción. Sin embargo, el adoptado en ambos casos tiene pleno derecho a conocer su condición de adoptado y lo que pueda de su familia de origen, así como tener acceso a sus papeles de adopción.

Como se mencionó, el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia establece la adopción plena. Los efectos en la legislación danesa son similares y establecen que se crea una relación familiar legal entre el adoptado y los adoptantes y sus parientes, pero difieren con respecto a los derechos sucesorios, pues en la legislación danesa estos derechos son exactamente iguales, mientras que en la ecuatoriana, el Código Civil indica: “Art. 327.- La adopción no confiere derechos hereditarios ni al adoptante respecto del adoptado ni de los parientes de éste, ni al adoptado respecto de los parientes del adoptante.” (Código Civil Libro I, 2005)

Se obtiene además en ambos casos, la ciudadanía y nacionalidad del país respectivo.

Entonces, existen más diferencias que semejanzas en la institución de la adopción si se comparan las legislaciones ecuatoriana y danesa. Se encontró que en Holanda, existe otra ideología y completo sentido de la igualdad permitiendo la adopción en parejas GLBT, y es menos burocrática que en el Ecuador.

En ambos casos, se vela por la seguridad e interés superior del niño y se intenta, sobre todo, hacer lo que más le conviene al adoptado, claro, cada país considerando su sociología y necesidades.

CAPÍTULO III DERECHOS HUMANOS DE GLBT

“Los Derechos Humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos (el concepto "bienes primarios" procede de John Rawls)” (Papacchini, 2003: p. 40) que son inherentes a los humanos por el solo y mismo hecho de ser humanos.

La ONU se ha preocupado de elaborar manuales de trabajo con los órganos de vigilancia de los tratados y los procedimientos especiales de la ONU para la protección a los derechos fundamentales de los grupos GLBT.

Estos instrumentos básicamente proporcionan directrices básicas sobre la manera en que las organizaciones no gubernamentales pueden usar los órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas y los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a fin de realzar los casos concernientes a la protección y promoción de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero (GLBT).

Este término es relativamente nuevo y ha sido creado para reconocer a todo un grupo,

el hecho de que se utilice una denominación en concreto de ningún modo pretende ignorar la diversidad de términos mediante los que los individuos eligen expresar sus identidades de género u orientación sexual... Amnistía Internacional utiliza la expresión “joven GLBT” para referirse a individuos menores de 21 años (Amnesty Internacional, 2006: p. 10)

Sin embargo, no existe un consenso internacional con respecto a la denominación GLBT o LGBT debido a que las mujeres lesbianas sentían discriminación con el término GLBT manifestando que los hombres iban antes.

Es decir, dentro de un grupo que ya se encontraba discriminado por la sociedad, se hacían aún más discriminaciones entre ellos mismos. Entonces se denominaron grupos LGBT. Para los efectos de este estudio, haremos alusión a estos grupos como GLBT.

Cabe diferenciar los términos transgénero, transexual y travesti. El primero y segundo se refieren a:

El término transgénero significa “lo que va más allá del género”, y se aplica en los casos en que las personas tienen una identidad de género que no corresponde a lo que socialmente se espera; es decir, cuando un hombre y una mujer no ponen en acto una masculinidad o una femineidad convencionales, sino que se aproximan más a lo establecido por el otro sexo. En la categoría transgénero están incluidas las personas transexuales, cuya identidad sexual responde a la del otro sexo, por ejemplo, hombres que se sienten mujeres y que desean habitar el cuerpo de una mujer y mujeres que se sienten hombre y desean habitar el cuerpo de un hombre (Quesada 2010).

Finalmente el tercero se refiere a “Persona que, por inclinación natural o como parte de un espectáculo, se viste con ropas del sexo contrario” (Real Academia Española, 2001). El travestismo entonces también puede ser considerado como una modalidad de transgénero.

Sutiles pero importantes diferenciaciones entre este grupo ya que las fronteras entre ellos pueden ser tenues y borrarse en algunos casos.

3.1 Vulneración a los Derechos de los Grupos GLBT

A través del tiempo, los humanos han luchado por entenderse y en el proceso surgen ciertos grupos con cualidades diferentes que han hecho que los mismos sean despreciados y tratados de menos. A lo largo de la historia, la gente GLBT ha sido el blanco de agresiones tanto físicas como verbales, abusos

policiales e institucionales. Debían esconder su verdadera orientación por miedo a las represalias de la sociedad. Existe discriminación en contra de estos grupos en todos los niveles y aspectos de la sociedad; desde la escuela hasta en plazas de trabajo.

Sin embargo, son precisamente estos grupos lo que se han movilizad y han luchado por tener una igualdad de derechos frente al resto. Se puede puntualizar como punto importante de movilización las revueltas de Stonewall Inn en Greenwich Village. Las mismas consistieron en varias manifestaciones realizadas en contra de una redada policial que se dio el 28 de junio de 1969 en un bar llamado Stonewall Inn ubicado en el barrio Greenwich en Nueva York. Este hecho marcó la primera ocasión en la que la comunidad GLBT luchó en contra de la persecución a los homosexuales y además es el inicio del movimiento moderno pro-derechos GLBT en Estados Unidos y el resto del mundo.

Se estima importante hacer una reseña acerca de la historia de la homosexualidad y los varios tintes de intolerancia así como tolerancia que han existido en los pueblos a lo largo de la historia.

3.2 Historia de los grupos GLBT

Se hace imperante revisar un poco de donde nacen estos grupos y la evolución que han tenido a lo largo de la historia. Al respecto no se puede precisar un periodo en el que la homosexualidad haya aparecido ya que se conoce de la misma desde los tiempos antes de Cristo, incluso con mención de ella en la misma Biblia. Se verá que algunas épocas y la evolución de la homosexualidad en la historia, situaciones socio-políticas, costumbres y culturas. Siendo un tema bastante extenso, es necesario mencionar los rasgos importantes de cada cultura en cada edad para tener una leve idea del desarrollo de la homosexualidad en el transcurso del tiempo.

3.2.1 Edad antigua (aparición de la escritura hasta la caída del Imperio Romano en el siglo V d.C, año 476)

Al tocar el tema de la homosexualidad en la antigüedad, hay que decir que lo que se acostumbraba era la bisexualidad. Al contrario de las costumbres de occidente actuales, el matrimonio no era basado en el amor y apoyo mutuo, sino más bien en cuantos beneficios se podría obtener de la unión de dos personas. Es esta la razón por la que el matrimonio era una obligación para las personas y lo homosexualidad no podía ser considerada bajo estas circunstancias. (Hornblower et al., 2008)

3.2.1.1 Grecia

En Grecia la homosexualidad era muy practicada. Incluso una práctica normal era la pederastia. Sin embargo esto no reemplazaba al matrimonio heterosexual habitual, las mismas se practicaban antes e incluso durante el mismo.

Lo que se acostumbraba era que:

la relación empezaba cuando el amante adulto estaba en la veintena y el chico estaba recién entrado en la pubertad, manteniéndose hasta que el erastés alcanzaba la treintena y se casaba, aunque podía prolongarse indefinidamente o terminarse antes. Esta relación no sólo era sexual sino que el erastés adquiría un estatus jurídico similar al de un pariente masculino o un tutor, y era responsable de la educación y el entrenamiento militar del muchacho. (Percy, 1996: p. 53)

La clase aristocrática era caracterizada por practicar la pederastia y se veía como una manera para que la misma transmita sus valores. Se creía que el semen era una fuente del conocimiento y mediante estas prácticas se transmitían los conocimientos y las sabidurías. Ya que la pederastia

homosexual era usual, la mayoría de las figuras históricas griegas mantuvieron relaciones con hombres en uno u otro momento de sus vidas.

Existió también documentación acerca de lesbianismo pero en menor cantidad. En Esparta existió la pederastia homosexual pero con mujeres.

También en el culto de la diosa Cibele, existieron hombres que se castraban y a partir de ese momento adquirirían la vestimenta femenina como habitual así como los roles exclusivos de las mujeres.

3.2.1.2 Roma

Durante la época de la república (509 a. C.-27 a.C.) la homosexualidad estaba restringida y era considerada una conducta desviada. En la primera mitad del imperio (27^a.C.-476 d.C.) esta conducta fue completamente aceptada practicada inclusive por los emperadores

Se convirtió tan habitual que en el caso de amos y esclavos, el amo tomaba un papel activo y el esclavo era obligado a tomar el pasivo. De igual manera existió la prostitución masculina.

Durante el imperio, también se registraron los primeros matrimonios homosexuales en los cuales un hombre se podía casar con varios hombres y mujeres. Aquí no intervenían leyes o reforma alguna debido a que el matrimonio era exclusivamente un contrato privado entre particulares y el estado no tenía intervención alguna.

A mediados de la época del imperio la aceptación de la homosexualidad tuvo un bajón terminando por ésta ser totalmente prohibida al comienzo de la era cristiana y era penada con la muerte. La misma pena se mantuvo en la era de Justiniano (527-565).

3.2.1.3 Mesopotamia

Se describen prácticas homosexuales desde 3000 a.C.

En Babilonia entre 2100-560 a.C. se evidencia también prácticas homosexuales aunque las mismas no eran condenadas y se consideraban normales. En el relato épico de Gilgamesh se muestra una relación erótica del héroe con su compañero Enkidu. Había cierta conexión entre prácticas sexuales (también homosexuales) y religión. Hay constancia de que algunos sacerdotes de Ishtar eran homosexuales y que participaban bailando travestidos en determinados ritos. (Nemet-Nejat, 1998).

Existía también la prostitución masculina sagrada, cualquier (otro tipo de prostitución era repudiada)

Loa asirios en 1800 – 1077 a.C. por otro lado no toleraban la homosexualidad masculina y la misma era condenada con la castración.

3.2.1.4 Egipto

Los registros históricos al respecto son bastante escasos. Se habla de homosexualidad entre funcionarios reales y personas cercanas al faraón:

El mito más claro sobre la homosexualidad en la cultura egipcia está en los mitos de Seth y Horus. La leyenda cuenta como Seth dominaba el alto Egipto, mientras que a su sobrino Horus dominaba el bajo Egipto, lo que personifica la separación real de ambos territorios durante el periodo predinástico de Egipto. Seth trató de violar a Horus y lucharon en el Nilo transformados en hipopótamos durante días. En la lucha, Seth le sacó un ojo a Horus mientras que Horus arrancó el pene de Seth. Al final con la intervención de Tot, el dios de la sabiduría, ambos dioses se reconcilian. (Parkinson, 1995: p. 70-71)

3.2.1.5 Lejano oriente

Existen registros de la práctica de la homosexualidad en China. Casi todos los emperadores de la dinastía Han tuvieron uno o varios amantes de sexo masculino. La historia también sugiere que existió también el lesbianismo

Éstas prácticas eran consideradas normales y no fueron perseguidas de manera alguna. Éste hábito incluso era plasmado en el arte chino en forma de dibujos, pinturas y esculturas (The World History of Male Love, 2007)

En India existen registros que mencionan tanto lo homosexualidad como la transexualidad y se consideraba que estas personas, así como bisexuales y homosexuales, tenían mezclados en su ser las naturalezas femeninas y masculinas. El mismo y famoso Kama Sutra (siglo III) describe relaciones homosexuales tanto del género masculino como del femenino

3.2.2 Edad Media (476 con la caída del Imperio Romano – 1492 con el descubrimiento de América)

3.2.2.1 América

Se evidencia la existencia de homosexualidad en ambos géneros así con la transexualidad y la bisexualidad donde una persona se vestía y desempeñaba el papel del otro género en tribus norteamericanas. De igual manera hay registros de relaciones homosexuales que duraban toda una vida y así también la pederastia homosexual era una práctica común.

Los aztecas por otro lado, no eran tan tolerantes y se mostraban ser un pueblo extremadamente cruel con los homosexuales y se les castigaba con la muerte. La ley mexicana castigaba la sodomía con la muerte, el empalamiento para el homosexual activo, la extracción de las entrañas por el orificio anal para el pasivo y la muerte a garrotazos para las lesbianas. (Universidad Abierta, 2007)

El pueblo Maya era más tolerante con la homosexualidad, pero en algunos casos se condenaba con la muerte. Existían fiestas sexuales en las que el sexo era homosexual. Se consideraba a la homosexualidad mejor que el sexo prematrimonial por lo cual los nobles conseguían esclavos sexuales para sus hijos.

Los toltecas por otro lado mostraron ser muy tolerantes con la homosexualidad.

Los Incas tenían criterios encontrados con respecto a la homosexualidad dependiendo de en que parte del territorio Inca se encontrara. En el área donde era caracterizada se realizaban rituales con sacerdotes vestidos con ropajes de mujer y la práctica de actos homosexuales era común. Se practicaba de igual manera la prostitución homosexual masculina. Estos actos se evidencian en artes, cerámicas de la época. Donde la homosexualidad se aceptaba solía estar asociada a nociones de carácter religioso, cronistas españoles como Pedro Cieza de León, Fray Gregorio García o Bernabé Cobo narran ritos dirigidos por sacerdotes travestidos y que contenían prácticas homosexuales. Asimismo aluden a la práctica de la prostitución homosexual masculina en algunos templos incaicos. (El Rostro Oculto de los Pueblos Precolombinos, 2008)

3.2.2.2 Europa

La homosexualidad fue practicada libremente aunque era considerada un pecado. Sin embargo en la Península Ibérica fue castigada con la castración y el destierro. A partir del siglo XII, al concentrarse los poderes en la Iglesia la intolerancia hacia la homosexualidad fue aumentando. Se la condenaba a través de relatos bíblicos que afirmaban que el que se entregase a la sodomía caería en desgracia y traería desgracia sobre su territorio incitando el advenimiento de plagas y desastres naturales.

Esto obligó a que la homosexualidad se practicara de manera clandestina, incluso dentro de la misma iglesia, practicando ellos una especie de matrimonio homosexual disfrazado de hermanamiento de dos hombres.

Durante la inquisición medieval, fundada en 1184, donde el primordial objetivo era la persecución de herejes, era común acusar a las personas de prácticas sexuales desviadas. Posteriormente se convirtió en una herramienta para perseguir la sodomía y la brujería. A partir de este momento los homosexuales fueron perseguidos, torturados y llevados a la muerte por el resto de la Edad Media.

Debido a esta persecución, los homosexuales se escondieron por miedo y es por esto que no existen muchos registros acerca de esta práctica. Existen únicamente documentaciones acerca de los procesos que se llevaron en contra de supuestos homosexuales, debido a que, por la gravedad del castigo, acusar a las personas también fue una manera de calumniarlas.

3.2.2.3 Lejano Oriente

La práctica de la homosexualidad siguió siendo común en China durante la época de las dinastías Song (960-1279) y Ming (1368-1644) y continuó así hasta la época moderna con la dinastía Qing (1644-1912) existiendo varios registros artísticos sobre el tema.

En la India varios templos hindúes fueron decorados con artes homosexuales y no existía mayor asombro al respecto. Incluso en el código legal Smriti Ratnavali (siglo XVI) se menciona a los hombres homosexuales como impedidos de contraer matrimonio.

En el Yaia mangala de Yashodhara, un texto del siglo XII que comenta el Kama Sutra, se afirma: Las personas con esta clase de inclinación [homosexual], que renuncian voluntariamente a las mujeres pueden

estar sin ellas porque se aman los unos a los otros, se casan entre ellos, unidos por una profunda y fiel amistad. (Danielou, 1994: p. 61)

Es evidente que se habla aquí únicamente de la homosexualidad masculina, sin mención alguna de la femenina.

En Japón varias obras literarias del periodo Heian (794-1185) se menciona a la homosexualidad y la existencia de transexuales. Se alude a prácticas homosexuales de algunos emperadores e incluso fue común esta práctica en los ejércitos japoneses.

3.2.2.4 Países musulmanes

La sodomía también se condenó en el islam, pero la moral sexual era menos estricta siempre que se practicara en privacidad. La pederastia homosexual también fue una práctica común que se evidencia en pinturas y poesías. Los historiadores han anotado que el interés por el contacto con los muchachos se incrementa paralelamente a medida que se van haciendo más estrictas las normas de protección e internamiento de las mujeres en el ámbito doméstico. (Andrews et al., 2005)

3.2.3 Renacimiento (siglos XV y XVI)

Durante este período se produjeron las mayores persecuciones en contra de los homosexuales por parte de la iglesia así como por los civiles a lo largo de toda Europa. La mayoría de los ofensores eran condenados a muerte, los más afortunados eran encarcelados.

Con las inquisiciones que se llevaban a cabo en toda Europa la situación se agravó y se crearon una serie de leyes. Como caso concreto en Inglaterra, que reprimían la sodomía, dando paso a un nuevo enfoque judicial y ya no eclesiástico al castigo por estas prácticas. Al inicio, a decir de mencionada ley,

era delito cualquier práctica sexual antinatural y en contra de la voluntad de Dios. Luego fue reformada en el sentido de que sólo incluía sexo anal y bestialismo. Esto sirvió de base para posteriores leyes en África, Asia y América. En 1533 surgió en Inglaterra el “Buggery Act”, primera ley en contra de la sodomía y el bestialismo. (Ormerod, 2006.)

3.2.4 Edad Moderna (1453 toma de Constantinopla por los turcos – 1789 inicio de la Revolución Francesa) y Contemporánea (1789 – presente)

3.2.4.1 Asia

La tolerancia a la homosexualidad fue desvaneciéndose. Las sanciones iban desde las multas o latigazos hasta las penas de prisión o muerte.

Los asiáticos se hicieron a la opinión occidental con respecto al tema y adoptaron sus leyes contra la sodomía, sobre todo de Inglaterra y Holanda. El territorio asiático también se vio influenciado por las enseñanzas de misioneros cristianos y su actitud pasiva hacia la homosexualidad cambió negativamente. De igual manera hubo persecución en contra de estos grupos y finalmente, en 1997 y 2001 se retiró a la homosexualidad del código penal y la lista china de enfermedades mentales.

3.2.4.2 África Subsahariana y los Mares del Sur

Hasta el siglo XX se afirmó que la homosexualidad no existió en el África Subsahariana, pero por 1920, surgieron relatos que aseveraban lo contrario. Se podía mantener una relación homosexual pero siempre y cuando esta fuera lejos de los ojos de la sociedad. También se cuenta de relaciones homosexuales entre mujeres, incluso en Lesoto, se las permitía casarse y una de ellas asumía el papel de hombre.

El cambio vino con la introducción de la moralidad cristiana y el África Subsahariana se convirtió en una de las zonas más homofóbicas del mundo.

Existen registros de homosexualidad en Oceanía, Tahití, Hawái donde existieron las figuras de jóvenes que servían al jefe de la tribu como consejeros políticos así como amantes sexuales. En Australia existió la costumbre de que el hermano de la novia serviría para el futuro esposo como compañero sexual hasta que los contrayentes tuvieran la edad para casarse.

Esta área tampoco se salva de las ideologías de la colonización y se penalizó también a la homosexualidad hasta con 14 años de cárcel.

3.2.4.3 Europa

En el transcurso de los siglos XVII y XVIII la homosexualidad evolucionó y ya no era frecuente la pederastia homosexual, sino más bien los hombres adultos mantenían relaciones con otros hombres adultos. En las grandes ciudades de París, Amsterdam y Londres se crearon los focos de subcultura homosexual. Sin embargo, los estados que consideraban todavía repugnantes y delictuosas estas actitudes lucharon porque el terror siga siendo la ley y muchos homosexuales fueron asesinados, por ejemplo en la masacre de 1730 en Ámsterdam. La misma se refiere a una época en los años 1730 y 1731 en la que comenzó en Utrecht, Países Bajos, una operación de persecución de homosexuales, que posteriormente se extendió por todo el país. Es la persecución de homosexuales más grave en la historia de Holanda y, según el historiador Louis Crompton, la más grave anterior a la persecución realizada por los nazis. (Crompton, 2006)

Se empezaba a renunciar a la idea de que la sodomía era un vicio causado por la lujuria. Brotó la certeza de que se trataba del gusto particular de una minoría de personas.

En 1791 con la Revolución Francesa se abolieron los delitos definidos como imaginarios como la herejía, la brujería y la sodomía. El Código Napoleónico acogió este criterio y consideró delitos únicamente aquellos que afectan a un tercero. Sin embargo, si existió una censura a la homosexualidad en la forma

de las ofensas a la decencia pública. Esta forma de legislación se extendió por Europa y América.

Se adoptó como no delito a la homosexualidad entre adultos que claramente prestasen su consentimiento a ello, además de en Francia, Bélgica, España, Luxemburgo, Portugal, Bavaria, Países Bajos y algunos territorios de la futura Italia. En España se abolió la ley que condenaba la homosexualidad, así como la inquisición. Pero esta nueva tendencia no fue completamente aceptada, y en el norte de Europa aún la homosexualidad era considerada un delito. Es por esta razón que muchos homosexuales migraron hacia el sur en busca de libertad sexual. Los homosexuales que no pudieron migrar, por las razones que fueren, comenzaron su lucha en su lugar de origen, organizando campañas para que se aboliesen las leyes de sodomía.

La homosexualidad se comenzó a estudiar por médicos y científicos que apartaron completamente el aspecto moral, y por último este sería el origen del movimiento GLBT principalmente donde la homosexualidad seguía siendo un delito.

En Alemania existía la legislación que penaba la homosexualidad. A pesar de esto, existía poca presión policial y en grandes ciudades como Berlín, existían varios bares y locales donde personas homosexuales podían acudir y actuar como ellos mismos.

Es justamente en Alemania donde se formó el movimiento de reivindicación de los derechos de los homosexuales, mismo que sería posteriormente el más activo del mundo. En Berlín, en el año de 1897, se creó el Comité Científico Humanitario para luchar por la despenalización de la homosexualidad y transexualidad siendo esta la primera organización que luchó públicamente por los derechos de los homosexuales en el mundo.

Otras organizaciones siguieron todas con la firme convicción de que igualdad y justicia no llegaría a estos grupos al menos de que ellos la tomaran. La libertad de prensa también permitió que se publicaran varios textos que trataban la homosexualidad.

El Comité Científico Humano logró reunir 5000 firmas de importantes ciudadanos pidiendo la despenalización de la homosexualidad, pero no fue admitida. Posteriormente también se hizo de nuevo el intento pero sin frutos.

Pero estos avances tuvieron un declive cuando el partido nazi y Adolf Hitler llegaron al poder debido a que su ideología consideraba a la homosexualidad como un rasgo de inferioridad y un defecto genético que impedía la continuación de la raza aria; por tanto la penalización de la homosexualidad se endureció y se penó incluso con la pérdida de sus derechos civiles. Los alemanes considerados homosexuales fueron encarcelados y enviados a campos de concentración. Las lesbianas fueron perseguidas pero en menor escala. Tanto hombres y mujeres considerados homosexuales debían portar un símbolo (triángulo invertido rosa para los hombres y negro para las mujeres) para poder ser identificados en público. Este luego se convirtió en un símbolo utilizado por organizaciones que posteriormente combatieron la discriminación.

Al finalizar la guerra, la penalización se mantuvo. En los juicios llevados a cabo para anular sentencias penales injustas administradas en el dominio nazi no se incluyeron aquellos por homosexualidad por lo tanto este grupo no pudo limpiar su estigma legal y recibir compensaciones por las injusticias soportadas. En el año 2002 mencionada ley se modificó para incluir a los homosexuales.

En Italia se dio igualmente persecución a los homosexuales bajo la dictadura de Benito Mussolini (1922-1943). En Francia así como en España contaban con leyes anti homosexuales. En el caso específico de España, existió la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social que encarcelaba u obligaba el

internamiento en centros de rehabilitación psiquiátricos. Esta ley estuvo vigente hasta 1979.

La persecución a los homosexuales también se dio en la Unión Soviética basados en una razón similar a la de los nazis, la degeneración de la especie.

Se consideraba que la homosexualidad iba ligada a la decadencia moral y física de la corrupta burguesía. La homosexualidad no sólo era una actividad contra la naturaleza sino también contra la sociedad socialista y, por tanto, tenía que ser eliminada de todo el territorio soviético. Por esto se introdujo en 1934 el artículo 121 en el código penal de la URSS, que decía:

- 1.- La relación sexual de un hombre con otro hombre (sodomía) se penalizará con la privación de libertad por un periodo de hasta 5 años.
- 2 Sodomía agravante. Si se aplicara violencia física, amenazas, se practicara con un menor o abusara de la superioridad con alguien dependiente se penará con privación de libertad de hasta 8 años. (Healy, 2006: p. 83)

3.2.4.4 América

Los Estados Unidos heredaron las leyes en contra de la sodomía del Reino Unido y después de independizarse, mantuvieron dichas leyes que normalmente condenaban a muerte las prácticas homosexuales entre hombres. Las relaciones lesbianas también eran punibles pero en menor escala; existieron raras persecuciones y las penas solían ser más benignas en relación a los hombres, a las que cometieran estos actos. La Revolución Francesa trajo un aire de liberalismo y varios estados abolieron la pena de muerte para los delitos de sodomía. Luego de la reforma, se impuso una pena de 10 años de cárcel así como la confiscación de bienes.

Posteriormente, la homosexualidad llegó a tratarse como un trastorno psiquiátrico en el cual los homosexuales se internaban en clínicas y eran

sometidos a terapias de reorientación sexual que en su mayoría incluían métodos invasores.

En 1924 surgió el primer intento de organización para la lucha por los derechos de los homosexuales llamado Society for Human Rights que fue desarticulada apresuradamente por la policía.

El científico Alfred C. Kinsey junto con otros colaboradores realizó un estudio entrevistando a más de 20.000 hombres y mujeres sobre su comportamiento sexual (en 1948 se publicó el del hombre y en 1953 el de la mujer). Éste estudio, al ser publicado, desenterró grandes sorpresas como la masturbación, la iniciación sexual a temprana edad, así como la homosexualidad y bisexualidad. Temas que se consideraban inmorales pero que las personas practicaban en secreto. De hecho, se concluyó que la homosexualidad no era una práctica aislada sino que más bien era realizada por un porcentaje considerable de la población masculina.

En América Latina varios países como Brasil, México, Guatemala y Argentina asumieron la despenalización del Código Napoleónico. Algunos sin embargo mantuvieron la penalización durante el siglo XX e incluso otros se demoraron hasta el siglo XXI para levantar la penalización (Puerto Rico, Panamá y Nicaragua), al unísono con otros estados que ya comenzaban a reconocer la unión civil entre personas del mismo sexo.

Surgió entonces el denominado movimiento homófilo que venía del griego filia- amor, para enfatizar el amor y no el sexo, intentaban obtener la aceptación de los homosexuales y convertirse en miembros respetables de la sociedad a través de dos medios: el conocimiento científico de la homosexualidad y tratar de convencer a la sociedad de que, a pesar de las diferencias que se reducían al ámbito privado, los homosexuales eran normales y de fiar. (Aldrich, 2007) Publicaron una serie de revistas que difundieron los conocimientos científicos

de la homosexualidad. Éste término acabó por no usarse más al aparecer el movimiento de liberación gay a partir de 1969.

Es precisamente en este año en el que se da una de los más memorables hechos a favor de la comunidad GLBT. Para tratar el tema es necesario retomar el relato a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

En la primera mitad del siglo, el mundo se proponía a recuperarse de los estragos ocasionados por la Segunda Guerra Mundial. Estados Unidos, siendo la potencia que es, se decidió a restaurar el orden social anterior a la guerra. Se apoyaba evidentemente el anticomunismo nacional motivo por el cual se organizaron una serie de interrogatorios con el fin de localizar comunistas en instituciones del gobierno norteamericano. Los comunistas, anarquistas y demás clasificados como *anti-estadounidenses* fueron considerados un riesgo para la seguridad del estado. Lastimosamente los homosexuales cayeron en esta categoría en la década de 1950 bajo la ridícula acepción de que las mismas eras demasiado susceptibles a ser chantajeadas. Se realizaron una serie de actuaciones en contra de estos grupos como despidos laborales por sospechas de que fueran homosexuales. Se llegó hasta el punto de realizar listas de conocidos homosexuales, sus lugares favoritos y amistades, así como listas de domicilios donde llegaba correspondencia con contenido homosexual. Aquí nacen las redadas en bares donde los lugares que atendían a estos grupos eran cerrados y su ocupantes arrestados. Se humillo, encarceló, acosó, e incluso envió a facilidades psiquiátricas a personas que se sospechaba eran homosexuales lo cual dio pie para que muchas personas ocultaran su orientación y vivieran una doble vida alejando escondiendo sus vidas privadas de las profesionales.

La homosexualidad fue catalogada en 1952 como un trastorno sociopático de la personalidad en el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (Diagnostic and Statistical Manual, DSM)* por la Asociación Americana de Psiquiatría. Allí permaneció hasta 1973.

Posteriormente se crearon dos grupos en defensa de los derechos e intereses de estos grupos: Sociedad Mattachine y Daughter of Bilitis (DOB). Siguiendo este ejemplo, se formaron varias más organizaciones con los mismos objetivos luchando en contra de los que los llamaban anormales. Sin embargo, surge un problema cuando los hombres vestidos de mujer y mujeres vestidas de hombres comenzaron a salir más frecuentemente así en público. Estas personas son las que actualmente se conocen por el nombre de “transexuales”. Estos derrumbaban la teoría de Mattachine y DOB que decía que los homosexuales eran personas completamente normales y respetables. Pero las organizaciones consideraban estos juicios como algo separado a sus luchas, parecido pero no igual. Las personas transexuales organizaron pequeños disturbios en contra de la brutalidad policial y acoso al cual eran sometidos.

Debido a la represión social ya existente, surgió un fenómeno social en Greenwich Village en donde se aglomeraron gran parte de las personas homosexuales de Nueva York. A mediados de los 60 existió una gran campaña liderada por el alcalde de esa ciudad Robert F. Wagner, Jr. para terminar con la homosexualidad continuando con ataques y acosos en contra de este grupo. Se montó una persecución en contra de los bares retirando su licencia para poder vender licor, y las personas mismas que los frecuentaban. El acoso policial fue provocado por los oficiales de la policía encubiertos para el efecto. Con la elección del alcalde John Lindsay la Sociedad Mattachine logró que se termine con el acoso policial. No se logró el mismo éxito con la State Liquor Authority, misma que permitía a la Autoridad que de manera discrecional otorgue o revoque las licencias de licor en bares.

La Sociedad Mattachine se organizó para beber reunirse en un bar donde no fueran acosados, de propiedad de la mafia que pagaba sobornos a la policía para evitar las redadas. Este bar fue el famoso Stonewall Inn mencionado en líneas anteriores. Aquí las personas homosexuales podían reunirse y bailar. Acudían pocos travestís y aunque en su mayoría la clientela era masculina,

habías algunas lesbianas que también frecuentaban el lugar. Las redadas policiales eran frecuentes, y las personas que no tenían documentos o llevaban puesta ropa del sexo opuesto eran arrestadas.

Sin embargo, la redada más memorable fue la que se llevó a cabo en la madrugada del 28 de junio de 1969. Usualmente se menciona a estos disturbios como el primera momento, en la historia de Estados Unidos, en que la que la comunidad GLBT luchó contra un sistema que perseguía a los homosexuales con el consentimiento del gobierno, y son habitualmente reconocidos como el catalizador del movimiento moderno pro-derechos GLBT en Estados Unidos y en todo el mundo (Armstrong Crage, 2006). Se arrestaron a unos cuantos y al resto de la clientela se la echó del bar, pero no se fueron se quedaron frente al mismo observando lo que sucedía. Pronto más gente se sumó a la muchedumbre congregada frente al bar. Comenzaron su protesta arrojando monedas y botellas en rechazo a la agresión que sufrían las personas que aún seguían adentro. Pronto se comenzaron a lanzar ladrillos y todo el enojo y frustración acumulados fueron finalmente descargados esa noche. Se humilló públicamente a la policía de Nueva York, quienes siempre pensaron que los homosexuales eran demasiado débiles para rebelarse.

No obstante, algunos miembros de mayor edad de la comunidad homosexual, así como numerosos miembros de la Mattachine Society se sintieron avergonzados por los disturbios y la exteriorización de conductas afeminadas de los hombres ya que todo su trabajo se basaba en que los homosexuales son iguales a los heterosexuales. Poco a poco la tendencia a ser escuchados fue cambiando. Ya las marchas ordenadas y pacíficas comenzaban a quedarse atrás siendo reemplazadas por marchas más vivaces, donde las personas se tomaban de las manos y cantaban sus sentimientos.

La palabra “gay” que hasta ese entonces no era utilizada públicamente comenzó su apogeo con un periódico titulado así.

Al año de los disturbios de Stonewall, se organizó la primera marcha de orgullo gay. A medida que pasaban los años eran más las ciudades norteamericanas que conmemoraban las revueltas y organizaban marchas que pronto se extendieron en varias ciudades alrededor del mundo y las organizaciones gay se multiplicaban.

En definitiva, las revueltas de Stonewall son consideradas como el nacimiento del movimiento de liberación gay y por supuesto el nacimiento del orgullo gay.

En la década de 1970 y tras varios diálogos y debates, se logró hacer entender a la American Psychiatric Association de que la homosexualidad no era una enfermedad y por tanto no debía ser tratada como tal. Finalmente se logró eliminarla del Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales.

En respuesta a las numerosas organizaciones gays que se estaban formando, los conservadores empezaron a formar sus propias organizaciones anti homosexuales con objetivos tales como el despido de empleados gays en colegios públicos. Esto fracasó pero la réplica por parte de la comunidad homosexual en contra de estas organizaciones nuevamente se sintió fuerte.

Posteriormente los disturbios de Stonewall fueron catalogados como la lucha por la igualdad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y se creó lo que se conoce como la Marcha Mundial de Orgullo GLBT que se lleva a cabo siempre a finales de Junio en varias ciudades del mundo.

Los bisexuales sin embargo fueron incluidos en las marchas sobre igualdad de derechos a eso del año 1993 y posteriormente los transexuales también fueron incluidos.

Es así que tras tropiezos y vivencias duras los grupos GLBT han paulatinamente logrado un reconocimiento de sus derechos aunque el camino

aún pareciera ser largo y tortuoso en el sentido de reconocimientos de varios otros derechos como el de familia.

3.2 Homofobia-Discriminación

Se aprecia pues del relato histórico que los grupos GLBT han sufrido a lo largo de los tiempos periodos de tolerancia así como intolerancia extrema, desembocando casi instantáneamente en lo que se conoce como discriminación.

Los grupos GLBT han luchado por conseguir igualdad en sus derechos desde el final del siglo XIX y esta exigencia ha sido recogida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 1 y 2:

Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
(Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

Sin embargo, muchas veces estos derechos que han sido consagrados como fundamentales, deben ser luchados por unos grupos más que otros, lo que lo hace injusto, debiendo los mismos ser aplicados de manera idéntica a cada persona por su sola condición de ser humana.

Este muy bien puede ser un principio de libertad:

La libertad es un principio fundamental de toda sociedad bien organizada. Así aparece ya en el antiguo testamento cuando, en el

Deuteronomio, Dios declara haber puesto delante del hombre “la vida y el bien, la muerte y el mal”, y de esta manera haberlo dotado de libertad para elegir en todo momento su propio rumbo” (Bernal Pulido, 2005: p. 247).

Es decir, todos tienen derecho a la orientación sexual que se tenga, y se es libre de tener dicha orientación, en razón del principio de libertad consagrado en las leyes, así como a la no discriminación, también consagrada en la legislación nacional e internacional.

Se respeta lo dicho sobre libertad en líneas superiores, pero no se concuerda completamente con Bernal Pulido. Se puede estar de acuerdo en el sentido de que se puede escoger en la vida la diferencia entre el bien y el mal. Más bien este es uno de los pilares fundamentales al momento de juzgamiento de delitos o actuaciones. Sin embargo, no se considera que la homosexualidad sea materia de maldad o de tener la opción de serlo.

Es necesario precisar que anteriormente se creía y entendía que la homosexualidad se *hacía*, por lo cual se intentaron varios medios de medicalizarla y hacerla desaparecer. Todo esto infructuosamente como se entiende en la actualidad. La homosexualidad no es una enfermedad que debe ser curada. Cornejo, citando a Foucault (1997):

El poder se vuelve más anónimo y más funcional, aquellos sobre los que se ejerce tienden a estar más fuertemente individualizados; y por vigilancias más que por ceremonias, por observaciones más que por relatos conmemorativos, por medidas comparativas que tienen la “norma” por referencia, y no por genealogías que dan los antepasados; por “desviaciones” más que por hechos señalados (Cornejo, 2009: p. 7)

A decir verdad, como también indica Félix López, no ha sido aún posible determinar la causa que da origen a una orientación del deseo, no se sabe por qué unas personas son heterosexuales, otras homosexuales y otras

bisexuales. Existen muchas teorías y ninguna ha sido comprobada razonablemente, todas son especulaciones. No se sabe si la homosexualidad es causada por varias razones, o por una, si son biológicas o sociales, y también, puede ser que en cada persona se trate de causas diferentes. (López, 2006)

En definitiva y a decir de Herrero Brasas:

En conclusión, en estos momentos no es posible decir que ninguna línea de investigación, ni psicológica ni biológica, en torno a las orientaciones gay y lésbica haya dado resultados definitivos, sino tan sólo ambiguas observaciones sujetas a diferentes interpretaciones. Además, las observaciones mismas en que se basan tales teorías adolecen de muy serios problemas metodológicos. Como consecuencia, y al haber quedado también definitivamente descartada la patología, lo único que es posible afirmar de modo objetivo en estos momentos es que la orientación gay es simplemente una variante de la psicología masculina, y la orientación lésbica una variante de la psicología femenina. Nada en lo anatómico, hormonal o genético distingue a gays y lesbianas de hombres y mujeres heterosexuales. (Herrero Brasas, 2001: p. 46)

Por tanto, no está claro de dónde surge la orientación sexual en personas del mismo sexo, o en una persona hacia ambos sexos; pero si se puede decir, hoy por hoy, de que estas condiciones no son ya consideradas como una enfermedad, o algo que pueda contagiarse.

Sigue también el fenómeno de ocultismo de estos grupos “Tanto los chistes, burlas e insultos frecuentes como los ataques físicos son prácticas sociales que presuponen y reproducen jerarquías y modalidades de interacción entre varones adolescentes homosexuales y heterosexuales.” (Jones, 2008: p. 67). Se hace entonces injusto que algunos deban esconderse por miedo a represalia o discriminación y vivir su vida en silencio, cuando el resto lo hace abiertamente.

Existen mitos acerca de la homosexualidad que han ido construyendo mitos e ideas y creencias que contienen muchos prejuicios contra los homosexuales, “Este planteamiento erróneo, en cuanto al origen y naturaleza de la homosexualidad, ha tenido y puede seguir teniendo consecuencias devastadoras, porque arrastra todo el resto de errores e impide planteamientos diferentes.” (López Sánchez, 2006: p. 32)

Es necesario entender a cabalidad la relación que existe entre los derechos humanos y las cuestiones de sexualidad e identidad de género. Se busca, no crear nuevos derechos, sino reafirmar los principios ya existentes de no discriminación establecidos en virtud de las normas internacionales de derechos humanos.

Se ha establecido un principio legal importante aplicable a la interpretación de la Carta de la ONU.

Este principio sostiene que un Estado que incurre en violaciones flagrantes de los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal y otros instrumentos importantes en esta materia, violan las obligaciones que impone la Carta de la ONU (Art. 55 y 56 de la Carta) (Buerghenthal, 1996: p. 109).

No es ilegal que la ONU (Art. 2(7) de la Carta: prohibición de intervención en problemas que pertenecen a la jurisdicción nacional de un Estado miembro) tome las medidas necesarias para obligar al Estado a no cometer violaciones flagrantes de los derechos humanos.

Los órganos de vigilancia han creado una extensa jurisprudencia sobre derechos GLBT: los efectos nocivos de la discriminación por motivos de orientación sexual con respecto al disfrute de otros derechos, como el derecho a la intimidad, la igualdad ante la ley o la protección igualitaria ante la ley, el derecho a la vida en el caso de los homosexuales objeto de las llamadas

"operaciones de limpieza social", los malos tratos o el trato discriminatorio a presos por su orientación sexual, el acoso contra los defensores de los derechos humanos de las personas GLBT y la necesidad de ofrecer protección a los refugiados que huyen de la persecución a la que son sometidos por su orientación sexual.

Por razón de estas creaciones, se han demostrado los lazos existentes entre la discriminación por motivos de orientación sexual y otras violaciones de derechos humano.

Por discriminación se puede citar lo que el tratadista Belvedere, citado por Daniel Jones dice:

La discriminación consiste en la exclusión social legitimada: se basa en un estereotipo que naturaliza una identidad social suturándola entorno de rasgos particulares, a los que se le adscriben como indisociables características negativas... (Jones 2007: p. 48)

Ahora, la consideración de características negativas puede ser muy subjetivo debido a que un rasgo puede ser o no negativo para una persona o grupo de personas que lo valoren. Es así que nace lo que se conoce como tolerancia e intolerancia a ciertos rasgos y características de las personas.

También otra línea de pensamiento de Jones:

La homosexualidad como motivo de estigmatización y discriminación tiene dos rasgos específicos. Por un lado, su relativa no evidencia ante los ojos de los demás permite a los individuos un manejo diferenciado de la información acerca de su identidad u orientación sexual (incluyendo la capacidad de simular), que actúa como un recurso de protección. Por otro lado, en principio la homosexualidad no es compartida por el núcleo de socialización primaria, lo que diferencia a los homosexuales de los

miembros de otras categorías discriminadas (religiosas, étnicas, nacionales) que forman grupos sociales: un adolescente que descubriendo su deseo hacia personas de su mismo sexo difícilmente encuentre apoyo en su núcleo familiar y, por el contrario, suele temer un rechazo de ese entorno primario” (Jones, 2007: p. 50).

Este autor concuerda con que la homosexualidad la mayoría de las veces se encuentra oculta por la persona misma y es más, este ocultamiento es utilizado como arma misma de protección. La homosexualidad es aún más rechazada que cualquier otro ámbito donde pueda existir discriminación. Se trata de una diferenciación más marcada.

Sin embargo, esta discriminación muchas veces toma un tinte de tortura y maltrato, y por las propias personas encargadas de velar y proteger los derechos de sus habitantes:

En muchas regiones del mundo los homosexuales viven bajo un constante miedo a la persecución de las autoridades, temiendo que sus actos íntimos de amor o sus actos públicos de valor sean castigados por los gobiernos en cámaras de tortura, en “casas de seguridad” clandestinas, o mediante redadas nocturnas. Muchos viven bajo el continuo temor a que su vida, oculta o pública, sea aniquilada por la opresión gubernamental.” (Amnesty Internacional, 1994: p. 8).

Este maltrato, otorgado por las entidades propias del Estado, es el más bajo, pues son precisamente ellas las que deberían impedir que este tipo de torturas se dé.

Aunque en este trabajo no se intentará de ninguna manera discutir sobre el punto de vista religioso, pues ya se mencionó que se enfocará en el área legal, es necesario citar lo que dice Mary Borhek acerca del argumento solo para ilustrar un poco más acerca del tema:

All anti-gay/lesbian books by conservative religious writers start with the same basic premise-that the Bible says homosexuality is a sin-therein lies a problem. The authors therefore must establish that this is what the Bible actually says and must prove either that a homosexual orientation to life is consciously chosen and can therefore be consciously changed or that no matter what the original causes, a homosexual orientation to life can be changed to heterosexual. Failing that, the authors need to prove that celibacy can be made to work, since presumably a sexual relationship not blessed by marriage is unacceptable to God (Borhek, 1993: p. 165-166)

En todo caso, se entiende que ninguno de los autores conservadores, al escribir sobre la homosexualidad, puede de hecho comprobar que en la Biblia se indica que ésta es un pecado, es más bien la manera de interpretación a las palabras escritas en idiomas antiguos hecha a lo largo del tiempo.

De igual manera, el autor Eric Frattini ilustra en su libro *Los Papas y el Sexo* prácticas sexuales de los papas de todos los tiempos, tanto con hombres como mujeres; actos por los cuales no fueron condenados, o condenados hipócritamente, por la sociedad en la época histórica en la que se realizaron. Por ejemplo, San Agustín, que en su juventud fue lo que se consideró un pecador con vida sexual activa y libertinaje, terminó por criticar fuertemente la homosexualidad en su *Siloloquios*. (Frattini, 2010)

La lucha es continua, desde la despenalización de la homosexualidad en el mundo, el reconocimiento de uniones civiles y el matrimonio entre personas del mismo sexo hasta el derecho a adoptar.

Como se vio anteriormente en la historia de la homosexualidad, la misma se ha ido despenalizando poco a poco y actualmente son pocos los países que aún tienen esta práctica. En aproximadamente 80 países es ilegal aún ser

homosexual y en 5 de ellos es castigado aún con la pena de muerte. (El Mundo.es, 2011)

A pesar que estas cifras parezcan atroces, es un gran avance en el tema. Este hecho de igual manera tuvo impacto aquí en nuestro país donde hasta 1997 era ilegal ser homosexual, resultando en encarcelamientos injustos en contra de varias personas. De hecho la legislación doméstica rezaba en el artículo 516 inciso primero del Código Penal y calificaba la homosexualidad como delito en los siguientes términos:

En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.

Nota: Aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 516 del Código Penal, y suspender totalmente los efectos de dicho inciso, que textualmente dice: "En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años". Dado por Resolución Tribunal Constitucional No. 106, publicado en Registro Oficial Suplemento 203 de 27 de Noviembre de 1997. (Código Penal, 1938)

El mismo fue despenalizado mediante una acción de inconstitucionalidad presentada ante el entonces Tribunal Constitucional por las organizaciones GLBT del país; por atentar contra el derecho constitucional de igualdad ante la ley.

Hoy por hoy, aunque ha habido avance con respecto a la consideración de estos grupos, siguen existiendo muchos perjuicios de carácter tradicionalista.

La homosexualidad y el lesbianismo ya no pueden ser concebidos como un problema de unos cuantos o como un fenómeno aislado de determinadas sociedades; lo cierto es que el reconocimiento de estos grupos es necesario y

ello nos obliga a enfrentar temas que en la actualidad se han vuelto cruciales y que a lo largo del tiempo han sido tratados como tabú o, como sucede en la actualidad, son estigmatizados. (Pérez Contreras, 2010: p. 24)

Entre estas discriminaciones y la intolerancia con respecto a la homosexualidad, y es más cuando concierne a los derechos reproductivos de este grupo,

Pero en el caso de los varones homosexuales ni siquiera existen argumentos éticos, es sólo el peso de la intolerancia, de una moral social discriminatoria y una jurisprudencia homófona que los desconoce como persona y les niega sus posibilidades de existir con derechos plenos. Ante esta situación es difícil entender porqué razón en los debates sobre los derechos reproductivos de los hombres hay una ausencia notable de reflexión sobre estos temas, y a veces ni siquiera una mención a estos casos. (Guevara, 2006: p. 13)

Existe más aún al tratarse de adopción en parejas homosexuales donde además de los factores económicos sociales y familiares, se deben considerar los sociales y psicológicos la posibilidad de adopción por uniones homosexuales resulta muy debatida en el estado actual de nuestra sociedad, con posturas aparentemente irreconciliables entre partidarios y detractores. La admisibilidad de una adopción por una pareja homosexual exigiría no sólo la conveniencia para el adoptado, también la aceptabilidad social y jurídica de ese grupo familiar (Vallés, 2005: p. 233)

Estos grupos también sienten el deseo de familia y han sido señalados y soportado muchos perjuicios, sin embargo, ha habido minúsculos progresos “En nuestros días, los interesados juzgan obsoletas estas opiniones, e incluso hostiles a la nueva moral civilizada en búsqueda de norma y familiarismo recuperado.” (Roudinesco, 2002: p. 9) Aunque algo, no es suficiente para

erradicar completamente los prejuicios e ignorancia que se tiene contra estos grupos.

Para puntualizar el tema, la tratadista Borhek nos da las siguientes palabras:

I believe it is possible for lesbians and gay men to have loving, responsible, committed relationships that include genital sexual activity, and I believe that these relationships are as acceptable in God's sight as loving, responsible, committed heterosexual relationships. (Borhek, 1993: p. 174)

Entonces, siendo capaces de tener los mismos sentimientos que los heterosexuales, la población GLBT siente necesidad, como se dijo en líneas superiores, de tener y crear una familia propia.

En definitiva, cualquier abuso o discriminación en contra de los derechos de cualquier grupo incluyendo los GLBT, es una atroz negación a los avances logrados en derechos humanos. Dice Byrne Fone, académico e investigador de la City University de New York: "Es ineludible que la homosexualidad tiene derecho indiscutiblemente al reconocimiento, en cuanto a sus derechos individuales. El amor similitsexual, desafía clandestinamente las penas y todas las intolerancias sociales" (Fone, 2008: p. 71)

3.3 Adopción en parejas GLBT

Se entra pues a estudiar lo que es la adopción en parejas GLBT, habiendo ya revisado un poco de antecedentes históricos de tanto la adopción como de los grupos GLBT.

La adopción debe ser una medida utilizada excepcionalmente para proteger a niños, niñas y adolescentes para que se cumpla el derecho a vivir en un medio familiar idóneo.

Se mencionarán los requisitos que la ley exige para que un niño, niña o adolescente se encuentre en aptitud legal para ser adoptado y se transcribe el

Art. 158 del Código de la Niñez y Adolescencia para ilustrar los mismos:

Art. 158.- Aptitud legal del niño, niña o adolescente para ser adoptado.- El Juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado, cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en cualquiera de los siguientes casos:

1. Orfandad respecto de ambos progenitores;
2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad;
3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y,
4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.

En los casos de los numerales 1, 3 y 4 el Juez declarará la adaptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección.

El Juez que declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, deberá notificarlo a la Unidad Técnica de Adopciones de la respectiva jurisdicción, en el plazo máximo de diez días contados desde que la sentencia quedó ejecutoriada. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

En el capítulo 2 se han revisado los requisitos para que los adoptantes sean idóneos y a decir verdad, éstos definitivamente no podrían asegurar la idoneidad que invoca. No menciona ni la motivación de los adoptantes,

estabilidad de la pareja, análisis del medio familiar, educación. Si bien estos aspectos pueden no ser primordiales, deberían ser revisados por la autoridad competente. Sin embargo, un examen si es realizado en la Fase administrativa y en la misma se analiza la situación física, psicológica, legal, familiar y social de la persona que va a adoptarse según el Art. 165.

En el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 153 al establecer los principios de la adopción, el numeral 3 contraviene el principio de igualdad de las personas indicando que se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales. Es precisamente aquí donde se encuentra la disposición de este trabajo de titulación.

Así mismo, en el artículo 159 de mencionado cuerpo normativo, se establecen los requisitos necesarios para la adopción, indicando en su numeral 6 que en el caso de parejas, ésta debe ser heterosexual.

Esta norma que expresamente impide la adopción por parte de parejas GLBT es enunciativa ya que establece los requisitos a tener de los adoptantes, además, se puede decir que la norma es de naturaleza procesal ya que se encuentra dentro de un marco administrativo o judicial de la adopción, tal como lo manda el artículo 165 del Código. Las normas procesales son ideadas “como un medio, como un derecho secundario, que supone la existencia de normas jurídicas preexistentes que regulan la conducta humana y que habrían sido violadas” (Véscovi, 2006: p. 8) Siendo así, como norma procesal, la misma busca garantizar derechos. (Falconí, 2005)

De todas maneras, es completamente imposible que una pareja no heterosexual tenga siquiera opción a adoptar un niño, niña o adolescente. En el supuesto que logran ser calificados como idóneos en la fase administrativa (previa a la judicial), el juez en ese caso negaría la adopción por no cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 159, de acuerdo a lo establecido en el artículo 178. Por tanto, no existe manera alguna, existiendo

norma expresa al respecto, que se permita en el Ecuador la adopción por parte de parejas GLBT.

Sin embargo, la misma norma del artículo 159 no indica absolutamente nada acerca de la orientación sexual si el adoptante fuera soltero. Esto nos hace pensar dos cosas: primero que el legislador se equivocó y omitió añadir esto como requisito para el adoptante soltero o que asumió que la heterosexualidad estaba implícita; o segundo que lo omitió intencionalmente y que la orientación sexual no sea razón para no acceder a una justa adopción, sino que más bien se trata de precautelar el escándalo que pueda ocasionar la idea de una pareja GLBT adoptando. Es aquí donde se diferencia la adopción por parejas GLBT y en parejas GLBT. La primera tiene lugar entre dos personas, una pareja en sí y se denomina adopción conjunta. La segunda tiene lugar cuando una persona adopta el hijo natural de su pareja y se denomina adopción individual. (Navas, 2006)

Desde la Constitución de 1998 y hasta la del 2008, se ha venido dando un reconocimiento expreso, paulatino a los grupos minoritarios, entre ellos los homosexuales que deben ser tomados muy en cuenta y reconocérseles los derechos inherentes a cada uno. Es aquí donde se puede encontrar inconcordancias con nuestra Constitución, toda vez que la misma en su artículo 11 manifiesta que nadie podrá ser discriminado por razones, entre otras, de orientación sexual.

Sin embargo, la misma constitución se contradice al momento que establece en su artículo 68, inciso segundo, que la adopción corresponderá únicamente a parejas de distinto sexo.

Es contradictorio de igual manera con la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que todos son iguales ante la ley, sin discriminación alguna. En este contexto, si todo humano es igual ante la ley, ¿por qué existe esta tan marcada discriminación al momento de acceder a una adopción?

Esta injusticia y la viabilidad de la adopción en parejas homosexuales es la que será analizada en el trabajo de titulación.

El Ecuador presenta un atraso con respecto a legislaciones más avanzadas en este aspecto y la legislación ecuatoriana es muy tradicionalista. Al hablar de la revolución que se está dando en este ámbito y la aceptación de la homosexualidad, los autores Acuña N., Elizondo B. y Hernández R. dicen: "...pero como toda ideología diferente a la tradicional, le falta mucho por recorrer, un proceso tal vez más largo que el de cualquier otra, y quizás apenas ahora, después de tantos años de lucha, esté empezando" (Acuña et al., 2009: p. 26)

Es por ello que se debe producir en la legislación civil del país, una importante reforma, para que las normas legales permitan la adopción en parejas homosexuales, para esto la reforma se deberá orientar dentro del entorno global de la adopción, con lo que se logra el beneficio del niño, porque cambian estructuras que eran caducadas, señalan nuevos lineamientos del derecho de Familia en el Ecuador, guardando armonía con las normas contenidas en los instrumentos y convenciones internacionales de derechos humanos que son reconocidos por nuestro país.

Es una cuestión de igualdad. "La igualdad consiste solamente en una relación: lo que da a esta relación un valor, es decir, lo que hace de ella una línea humanamente deseable, es el ser justa." (Bobbio, 1993: p. 58) Entonces, se debe ser capaz de hablar de justicia al tratar el tema de la adopción y ligarla a la igualdad existente entre todos los humanos.

Así pues, el tratadista Pedro Lafont indica que "La justicia es la esencia del derecho de familia y de menores, porque es un ordenamiento jurídico de justicia integral a la familia y a sus miembros, pero particularmente a los menores." (Lafont, 1997: p. 27) Siendo la médula espinal del derecho de familia, no cabe entonces la interrogante de ¿por qué entonces existe esta clase de discriminación?

La “igualdad” que debe ser observada como tal “la igualdad ante la ley, o igualdad jurídica se presenta como un ideal igualitario, y al propio tiempo, como un principio de justicia en las relaciones humanas.” (Camargo, 2004: p. 107)

Actualmente, existen más y más personas que salen a la luz con su orientación sexual. Ya no existe la necesidad imperiosa de ocultarlo cómo en décadas anteriores. Los homosexuales se han unido y han luchado por el reconocimiento de sus derechos fundamentales. No pueden ni deben ser vistos como un problema, y se les debe reconocer como cualquier otro humano y aplicárseles los derechos que constan en los diferentes tratados y convenciones establecidas.

Al respecto la American Psychological Association, American Psychiatric Association y National Association of Social Workers han dicho en un comunicado presentado en el Tribunal Supremo de California lo siguiente:

La homosexualidad no es ni un trastorno ni una enfermedad, sino una variante normal de la orientación sexual humana. La inmensa mayoría de gays y lesbianas viven vidas felices, sanas, bien adaptadas y productivas. Muchos gays y lesbianas mantienen relaciones permanentes con personas del mismo sexo. En términos psicológicos esenciales, estas relaciones son el equivalente de las relaciones heterosexuales. La institución del matrimonio permite a los individuos un rango de beneficios que tienen un impacto favorable en su bienestar físico y mental. Un gran número de niños están siendo criados actualmente por lesbianas y gays, tanto en parejas del mismo sexo como madres y padres solteros. La investigación empírica ha mostrado de manera consistente que los progenitores homosexuales no se diferencian de los heterosexuales en cuanto a habilidades parentales, y que sus hijos no muestran ningún déficit comparados con hijos criados por progenitores heterosexuales. Las políticas estatales que vetan el matrimonio entre personas del mismo sexo se basan exclusivamente en

la orientación sexual. Como tales, son tanto una consecuencia del estigma históricamente asociado a la homosexualidad, como una manifestación estructural de ese estigma. De permitir casarse a las parejas del mismo sexo, el Tribunal Supremo terminaría con el estigma anti-gay impuesto por el estado de California a través de su veto al derecho a casarse de estas parejas. Adicionalmente, permitir que se casaran les daría acceso al apoyo social que facilita y refuerza los matrimonios heterosexuales, con todos los beneficios psicológicos y físicos asociados con dicho apoyo. Además, si sus progenitores pueden casarse, los hijos de las parejas del mismo sexo se beneficiarán no sólo de la estabilidad legal y otros beneficios familiares que proporciona el matrimonio, sino también de la eliminación de la estigmatización patrocinada por el estado de sus familias. No hay base científica para distinguir entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo con respecto a sus derechos legales, obligaciones, beneficios, y deberes otorgados por el matrimonio civil. (Case No. S147999 In the Supreme Court of the State of California, 2007)

Visto esto, varias asociaciones internacionalmente reconocidas confirman que la homosexualidad no tiene porque influir negativamente en la crianza de un niño; pues se han comparado perfectamente con las relaciones heterosexuales y los niños criados en esos hogares no muestran ninguna especie de comportamiento anormal con respecto de aquellos criados en un hogar heterosexual.

En definitiva y en referencia a la adopción “Los padres adoptivos, ya sean hetero u homosexuales, deben atravesar enormes complicaciones para tener un niño, cosa que las parejas que dan a luz no experimentan. El proceso está ideado para proteger al niño, pero eso no quita que resulte arduo.” (Johnson et al., 2005: p. 286) Es entonces, que el proceso de adopción será complicado para ambas partes adoptante/s y adoptado indistintamente si los primeros tienen tendencias GLBT o no.

Para esclarecer un poco más el tema, las tratadistas Johnson y O'Connor dicen al respecto de la maternidad lesbiana:

Parece que la adopción de niños facilita la aceptación de la maternidad lesbiana por parte de la gente. Rescatar a un niño de un orfanato, o hacerse cargo de un niño con necesidades o discapacidades especiales, es, ciertamente, un acto de amor y desinterés. Y hasta la gente con actitud negativa hacia la maternidad lesbiana no encuentra motivo para culpar a alguien por adoptar un niño con carencia (aun cuando esta persona sea una lesbiana). (Johnson et al., 2005: p. 293)

Y la situación es así: ¿quién podría culpar a alguien por adoptar un niño con necesidades, pudiendo ofrecerle una familia? Ciertamente nadie. Este es un acto de amor y de convicción de paternidad. La carencia no es únicamente la económica sino también la afectiva.

A continuación se reflexionará sobre los puntos a favor y en contra de la adopción GLBT. Las corrientes que apoyan esto se justifican en lo siguiente:

- El interés del menor no puede determinarse apriorísticamente con base en la orientación sexual de los solicitantes, sino que habrá de valorarse por la autoridad judicial en cada adopción concreta.
- Al posibilitar que la pareja homosexual adopte los hijos del otro se pretende legalizar la situación de hecho en la que el hijo o hija tiene dos madres o dos padres. Con ello se podrán hacer efectivas responsabilidades y los derechos legales y resolver los problemas que puedan surgir posteriormente con relación al menor. En definitiva, se trata de dar cobertura legal a una realidad emocional.
- La adopción conjunta obedece al interés superior del menor en tanto influye en que el menor pase el mínimo de tiempo posible en un centro de acogimiento o en una situación de acogimiento familiar simple sin voluntad de adoptar. (Navas, 2006: p. 215)

En virtud de todo lo analizado en el desarrollo de esta investigación, se concuerda con los argumentos arriba planteados.

Cada caso en concreto es un caso en sí y debe ser valorado como tal. El mismo que no puede ni debe ser analizado en sobre la base de la orientación sexual de los posibles adoptantes.

Si se permite adoptar al hijo o hija del consorte, terminantemente se estaría nada más legalizando una situación de hecho que ya es una realidad en muchas parejas y familias.

Nuevamente se obedece al interés superior del niño, siendo la adopción por parte de parejas GLBT un medio a través del cual se impediría que este permanezca en una institución, a decirse orfanato, el menor tiempo posible pudiendo acceder a un hogar afectivo y con cobertura a sus necesidades.

Ahora cabe anotar para efectos de esta investigación los argumentos en contra de la adopción GLBT, y aunque no se concuerda, son los siguientes:

- La filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica por lo que la adopción conjunta por una pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos deben asegurar a los hijos, precisamente por ser contraria al interés del menor. No es posible crear en este caso un vínculo semejante al que existiría entre dos homosexuales y su descendencia biológica, porque dos homosexuales no pueden tener descendencia biológica.
- Además, no admitir la adopción conjunta por una pareja homosexual no vulnera el principio de igualdad, no es injustamente discriminatoria. Tampoco dos hermanos (varones o mujeres), o dos amigos convivientes no homosexuales pueden adoptar conjuntamente. El problema pues no es la orientación sexual, sino de la propia estructura de la relación que se quiere crear que no consiente ser creada respecto a personas del

mismo sexo...esta opción no supone, de suyo, juicio peyorativo sobre la fraternidad, o la amistad, como tampoco, en sí misma, respecto de la homosexualidad.

- La adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus deseos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad. Plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar.
- No existe un verdadero derecho a adoptar, tampoco a favor de las parejas heterosexuales, luego nuevamente, no cabe hablar de discriminación.
- Otra cuestión especialmente relevante es la referida a la inidoneidad de las uniones homosexuales para proporcionar al niño adoptado un ambiente de humanización y socialización adecuado, lo que se justifica por la inestabilidad que caracteriza sociológicamente a las parejas homosexuales...; precisamente los niños dados en adopción necesitan un entorno especialmente estable, que compense las carencia que habitualmente han experimentado durante los primeros meses o años de su existencia. (Navas, 2006: p. 216)

Ahora, todos y cada uno de estos puntos son refutables como se verá a continuación y en el mismo orden:

- Si bien la filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, es exactamente eso: un modelo. No es la estructura mediante la cual necesariamente deban llevarse a cabo todas y cada una de las adopciones. Evidentemente este modelo ha sido utilizado porque es la manera tradicional de ver la familia. Es acertado manifestar que la pareja homosexual no puede tener descendencia biológica, como se

mencionó anteriormente, y es precisamente por esto que se recurre, entre otros métodos, a la adopción para que las parejas GLBT puedan gozar de lo que significa tener una familia.

- El argumento de que la prohibición de la adopción por parte de parejas GLBT no constituye violación al derecho de igualdad y no es discriminatoria es refutable en virtud de lo ya expuesto sobre la igualdad y discriminación en páginas anteriores. Una pareja de personas, como se menciona hermanos u amigos del mismo sexo normalmente no supondrían adoptar juntos una criatura en virtud de no poseer entre ellos ese vínculo afectivo que implica la paternidad conjunta. No se puede comparar dos personas, dos amigos heterosexuales, con una pareja GLBT que precisamente es una pareja por tener sentimientos de amor el uno hacia el otro. Es así que también la legislación exige que si son pareja, deben estar casados o unidos por un periodo de tres años. Situación que de ninguna manera ocurre entre hermanos y menos entre amigos.
- No se pretende en ningún momento que la adopción sea vista o tomada como medio de homologación de las relaciones entre parejas homosexuales o GLBT. Una persona GLBT es igual de capaz de ejercer la patria potestad sobre un niño, niña o adolescente, siempre y cuando no se encuentre en interdicción y obviamente tenga los medios necesarios para mantener bien a una persona adoptada, con respecto a alimentación, educación, vestimenta, salud y todo lo que conlleva un hijo. No se pretende tampoco menoscabar el interés del niño y tomar por sobre el mismo los “deseos” de quienes quieren adoptar. Por el contrario, estos deseos de adoptar un niño, niña o adolescente son precisamente los deseos que podrían presentar cualquier pareja heterosexual al momento de querer formar una familia, sólo que las parejas GLBT recurren a la adopción por motivos ya señalados.
- Puede que no exista un “derecho” a adoptar. Pero si existe el derecho a la familia para los niños, niñas y adolescentes. Si el único medio para unas personas lograr tener una familia, según el punto de vista de que

familia es padres e hijos, que ya se vio anteriormente que no en todos los casos es así; entonces no queda más que recurrir a la adopción para llegar a formar mencionada familia.

- La “inestabilidad” sociológica de las parejas homosexuales en sí, no puede ser utilizada como excusa para una discriminación de tal manera que, se debe avanzar y no retroceder. Hubo un momento en que en la historia muchas cosas fueron inestables sociológicamente, como matrimonios interracial es o el hecho de que una mujer trabaje. Estas han sido cosas que moral y sociológicamente fueron rechazadas en su momento, pero debido a luchas justas se lograron los objetivos de las mismas y ya no existe actualmente ni un mero asombro por ellas. Lo mismo deberá suceder con la adopción en parejas GLBT, ya que definitivamente estos grupos han luchado, luchan y lucharán por sus derechos a la libertad e igualdad en todo sentido.

Además cabe recordar, y como ya se mencionó en páginas anteriores, que la Constitución reconoce a la familia en sus diversos tipos, donde se puede interpretar que caben las familias de parejas GLBT y sus hijos.

La adopción en parejas GLBT aunque lentamente, está avanzando y es algo imparable. Se tendrán que reconocer los derechos humanos reconocidos a todos, incluidos el derecho a la familia y consecuentemente a la adopción, en completa aplicación del principio de igualdad.

La reforma en este aspecto, empezando por la Constitución siguiendo al Código Civil y finalmente al Código de la Niñez y Adolescencia, es inminente. El tradicionalismo y los prejuicios van quedando atrás y los grupos GLBT luchan diariamente por ser escuchados y atendidos en sus peticiones. Las reformas se están dando en países con ideologías diferentes, pero más temprano que tarde llegarán también al Ecuador y las mismas deben ser respetadas por la población.

CAPÍTULO IV PROPUESTA DE REFORMA

Una vez revisada la normativa vigente y analizados varios aspectos medulares dentro de lo que es la adopción GLBT, es oportuno elaborar las reformas que se consideren necesarias para el efecto.

Antes, sin embargo, se hace hincapié en el principio fundamental inherente a todos los seres humanos: el de igualdad. Como indican los tratadistas Facorro y Vittadini “la igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que conceden a otros en iguales circunstancias.” (Facorro, Vittadini, 1999: p. 57). Es así que en un sistema de derechos igualitarios según la norma de más alto rango jerárquico, no se puede tener normas que instituyen exclusiones a los grupos GLBT en materia de derechos de familia y en específico, la institución de la adopción.

Fundándonos en este principio y sobre las uniones GLBT, se analiza que de este acto jurídico los contrayentes adquieren derechos y obligaciones relacionadas al ámbito familiar y patrimonial, pero dentro de esta relación jurídica cuando los contrayentes son personas del mismo sexo se ven limitados por la Ley en los derechos familiares. Desde la perspectiva jurídica existe un desequilibrio de las relaciones jurídicas en relación a la orientación sexual de los contratantes, por lo que un mismo negocio jurídico, en un grupo determinado de la población genera ciertos derechos y obligaciones mientras que para el resto de la población proporciona una suerte de derechos completos, violentando el artículo 11 No 2 de la Constitución de la República.

Con respecto a la adopción en parejas GLBT, el mundo va evolucionando en este sentido y un ejemplo es el país vecino Brasil.

El mayor inconveniente que las Cortes y los demandantes en el Brasil encontraron, fue la concepción Judeo-Cristiana preponderante en nuestros países, frente al concepto de familia, que a la postre es la que puede adoptar

legalmente, institución ésta, que recibe total protección de los Estados; todo ello desconociendo los múltiples tipos de conformación familiar establecidos por Naciones Unidas. Sin embargo, las Cortes en Brasil encontraron un camino para facilitar la adopción de niñas y niños a parejas del mismo sexo, a través de la siguiente posición. “...*Hemos visto que la familia es una institución civil y el matrimonio es otra totalmente diferente. Jurídicamente hablando, no son sinónimos*” Basadas en esto, las Cortes pudieron permitir en Brasil, la adopción por parte de uniones gay. (Uziel, 2001)

Es así como Brasil, ya ha admitido en su ordenamiento esta clase de adopciones mediante el análisis de dos instituciones del derecho civil, diferenciándolas de manera positiva para la comunidad GLBT. A pesar de que Ecuador se encuentra un poco atrasado en su legislación en comparación con demás países Latinoamericanos, es inevitable que llegue también, cuando el momento sea correcto, a aceptar la adopción en parejas GLBT.

Actualmente el Ecuador es un estado laico donde existe una separación entre la iglesia y el Estado. El Estado regula estas relaciones civiles dentro de todas las personas que forman parte de éste alejándose de un dogma religioso por cuanto el Estado no puede hacer diferenciación o discriminación positiva de cualquier institución jurídica fundamentándose en la orientación sexual de un ciudadano. Todo esto relacionado con el principio de igualdad ya que todas las personas que conforman el conglomerado llamado Estado van a gozar de su protección. Uno de los justificativos del Estado liberal para limitar ciertos derechos de determinados grupos sociales era la discriminación positiva, cosa que hoy por hoy no corresponde a la realidad.

Estas situaciones que se están abordando no son nuevas para la sociedad ecuatoriana, desde un punto de vista objetivo, el Ecuador ha atravesado ya varios sismos entre la doctrina religiosa y las relaciones civiles. Un ejemplo de esto es la introducción del divorcio en el Código Civil Ecuatoriano, tarea que no fue fácil por el choque estado-iglesia. Hoy en día la aplicación de esta

institución jurídica es más que común y no causa escándalo social sino que viabiliza que relaciones netamente civiles tengan una terminación apegada a derecho.

La discriminación positiva que se realiza a través del artículo 68 de la Constitución de la República en el cual taxativamente limita una institución del derecho de familia a una determinada población del Estado, lo que hace es romper la construcción jurídica de una constitución que es plenamente neo constitucional que busca regular un poder arbitrario del Estado a través de derechos que se ejercen a través de garantías constitucionales. Es un reconocimiento amplio de derechos, lo que hace es enunciarlos no taxativamente sino ejemplificativamente. Es decir, la Constitución deviene a ser un medio por el cual se logra controlar el poder a través del ejercicio de derechos que no solo se encuentran consagrados en esta sino que también se incluyen en tratados internacionales de derechos humanos, forzando al Estado a un reconocimiento y aplicación inmediata por lo que la limitación dada por la constitución respecto a la paternidad en parejas del mismo sexo propone una situación contraria al telos mismo de esta nueva tendencia del derecho constitucional (artículo 11 No. 3 de la Constitución) (artículo 16 No. 1 Convención de derechos humanos establece el derecho a formar una familia)

Es preciso tomar un criterio esbozado por un órgano de justicia norteamericano para instruir y ampliar más. Un caso reciente del año 2010 de la Florida, donde hasta el 22 de septiembre de 2010 era ilegal que una persona homosexual adopte, se llegó a una Opinión dada por el Tercer Distrito de la Corte de Apelación de la Florida. La Florida había sido el único estado que aún prohibía hasta ese entonces la adopción GLBT. El Departamento de Niños y Familias (Department of Children and Families), entidad apelante, estuvo de acuerdo con que tanto personas homosexuales como heterosexuales pueden ser padres igualmente buenos. Ninguna parte trató de argumentar lo contrario y por lo tanto el Tercer Distrito concluyó que los homosexuales no podrían ser, por el solo hecho de ser homosexuales, padres no aptos.

Además existía el hecho de que el solicitante (varón homosexual que pedía la adopción de dos niños) alegó que en el juicio de adopción fue tratado en detrimento a su derecho de igualdad así consecuentemente discriminatoriamente en el sentido de que se prohibía completa y expresamente la adopción por personas homosexuales, mientras permitía a otras personas incluyendo aquellas con historias criminales o historias de abuso de sustancias ser consideradas para el efecto con un análisis de caso a caso; es decir, a parte de personas homosexuales, no existe una exclusión categórica automática de alguien que considera ser adoptante.

Curiosamente sin embargo, era posible ubicar a un niño en un hogar de crianza (foster home) con un padre o madre GLBT. Esto hizo difícil que sea vea una base racional para hacer esto, y después imponer una prohibición de adopción en ese mismo grupo de personas.

Tras escuchar una serie de testimonios de profesionales mentales y de la salud la Corte está de acuerdo con que el impedimento de adopción por personas homosexuales es inconstitucional y concluyó:

The quality and breadth of research available, as well as the results of the studies performed about gay parenting and children of gay parents, is robust and has provided the basis for a consensus in the field. Many well renowned, regarded and respected professionals have [produced] methodologically sound longitudinal and cross-sectional studies into hundreds of reports. Some of the longitudinal studies have tracked children for six, ten and fourteen years. The starting ages of the children in the longitudinal studies has varied from birth, six to ten years old and followed them throughout childhood, adolescence and into adulthood. The studies and reports are published in many well respected peer reviewed journals including the Journal of Child Development, the Journal of Family Psychology, the Journal of Child Psychology, and the Journal of Child Psychiatry. Each of the studies and hundreds of reports

also withstood the rigorous peer review process and were¹⁷ tested statistically, rationally and methodologically by seasoned professionals prior to publication. In addition to the volume, the body of research is broad; comparing children raised by lesbian couples to children raised by married heterosexual couples; children raised by lesbian parents from birth to children raised by heterosexual married couples from birth; children raised by single homosexuals to children raised by single heterosexuals; and children adopted by homosexual parents to those raised by homosexual biological parents, to name a few. **These reports and studies find that there are no differences in the parenting of homosexuals or the adjustment of their children.** These conclusions have been accepted, adopted and ratified by the American Psychological Association, the American Psychiatry Association, the American Pediatric Association, the American Academy of Pediatrics, the Child Welfare League of America and the National Association of Social Workers. As a result, based on the robust nature of the evidence available in the field, **this Court is satisfied that the issue is so far beyond dispute that it would be irrational to hold otherwise;** the best interests of children are not preserved by prohibiting homosexual adoption. (Third District Court of Appeal State of Florida, 2010)

Entonces, varios profesionales renombrados y respetados han elaborado numerosos estudios tomando en cuenta caracteres diferenciadores en posibles casos a fin de determinar si existe o no diferenciación en la paternidad de homosexuales o la adaptación en la sociedad de sus hijos con respecto a padres heterosexuales sean estos una pareja o persona sola. Son tan concluyentes los estudios realizados, materializados en cientos de informes y avalados por las más prestigiosas asociaciones norteamericanas, que en este caso a la Corte no le quedó más que quedar satisfecha con los resultados declaró que instigar lo contrario sería irracional. La Corte de ninguna manera tomó este caso a la ligera y analizó a profundidad todos los aspectos necesarios para proceder con su opinión.

En virtud de lo investigado y ya argumentado en páginas anteriores, se dará pie a las siguientes reformas:

4.1 Reforma Constitucional

Siendo la Carta Magna la norma madre de casi todos los ordenamientos jurídicos y la Constitución de la República del Ecuador en este caso, es necesario iniciar la reforma en este cuerpo legal primero.

Se propone reformar la Constitución de la República del Ecuador en el artículo No. 68 donde se eliminaría el segundo inciso que taxativamente reza: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.” Dejando el resto tal cual.

En el Código Civil sin embargo, donde se establecen los requisitos para poder adoptar a un menor (artículo 316), no se menciona nada acerca de la orientación sexual del posible adoptante

4.2. Código de la Niñez y Adolescencia

La reforma también se hace preponderante en el Código de la Niñez y Adolescencia en aras de que es éste el instrumento que detalla todo lo concerniente a la adopción en nuestro país.

En el artículo 159 No. 6 que dice: “En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales” se eliminarían las palabras “esta debe ser heterosexual” quedando; “en los casos de parejas de adoptantes, ésta debe estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla con los requisitos legales”.

Al respecto de los requisitos que deben reunir los adoptantes para ser considerados como tales, éstos se encuentran contemplados en el artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual señala los siguientes:

Tener domicilio en el Ecuador o en algún estado que comparta con Ecuador un convenio de adopción, capacidad legal, poder ejercer derechos políticos, mayor de 25 años, diferencia de edad no menos de 14 ni mayor de 45 años con el niño, niña o adolescente, las parejas deben ser heterosexuales y estar unidas por más de 3 años, disfrutar de salud física y mental, poseer suficientes recursos económicos, no tener antecedentes penales sancionados con reclusión.

Es así que el principio de igualdad consagrado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en la constitución debe ser interpretado a favor de la persona, tal como lo establece el principio pro homine, a decir de Mónica Pinto:

Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (El Principio Pro Homine, 2004)

Con estas eficaces y de pronto complicadas reformas en aras de la sociedad tradicionalista en la que se vive, en la normativa nacional vigente, se estaría igualando a toda la población en lo que acceder a una adopción respecta, sin discriminación por causa de orientación sexual. Esto daría pie a una seguridad jurídica más reafirmada y evidentemente, en estricta observancia a los derechos fundamentales del hombre.

CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

La familia tradicionalmente ha sido concebida como el núcleo de la sociedad constituida por padre, madre e hijos. Sin embargo, los procesos evolutivos que ha vivido la sociedad, ha obligado a que el Estado ecuatoriano reconozca constitucionalmente, a la familia en sus diversos tipos, garantizando la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, lo cual debería entenderse aplicable a todos los grupos de la sociedad, incluyendo la comunidad GLBT, más aún cuando la misma Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación ya sea por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, etc. No obstante este derecho constitucional aún no se encuentra delimitado en la legislación ecuatoriana, lo cual ha contribuido a una falta de sensibilización por parte de la sociedad para aceptarla, y por ende asumir las consecuencias jurídicas que aquello conlleva.

La adopción es una institución que data de épocas antiguas y su fin a través del tiempo ha sido diverso, desde el propósito más cruel que consistía en la esclavitud de infantes, pasando hasta uno caritativo que se lo hacía con fines religiosos buscando congraciarse con la iglesia y finalmente hasta desembocar en un fin afectivo que es hoy por hoy la verdadera finalidad de esta institución otorgando bienestar tanto a adoptantes como adoptado.

Los objetivos de la adopción son en beneficio de múltiples partes: del adoptante que tiene la dicha de criar un niño, niña o adolescente como suyo propio, para el adoptado que pasará el menor tiempo posible en un hogar de cuidados, y para la sociedad en virtud de que se pasa a dar un hogar e identidad a niños u adolescentes que conforman la sociedad; que anteriormente no los tenía, finalmente el Estado que comparte su responsabilidad con el adoptante.

A través de la historia grandes personajes los cuales fueron iconos en su época y que tuvieron tendencias homosexuales como Platón, Leonardo da Vinci, Oscar Wilde, han sido mundialmente reconocidos y su condición sexual no fue limitante para emprender el desarrollo intelectual. Han sido las concepciones tradicionalistas religiosas las que han atado el pensamiento y han sembrado en la sociedad el sesgo y la marginación.

Es evidente el grado de discriminación existente aún en la comunidad ecuatoriana en contra de los grupos GLBT, pese a que el Estado reconoce constitucionalmente sus derechos y ha ratificado convenios internacionales que garantizan la debida observancia de los mismos,

Las investigaciones de varios organismos norteamericanos han arrojado resultados que han demostrado que no existe diferenciación en la paternidad homosexual con relación a la paternidad en parejas heterosexuales, en virtud de que los adoptados por homosexuales al llegar a la adolescencia o adultez no necesariamente presentan tendencias homosexuales como sus padres. Además, en cuanto a la adaptación en la sociedad, los mismos han logrado hacerlo perfectamente hasta llegar a la adultez.

Los argumentos antes mencionados dan fuerza a la hipótesis que se ha planteado en este trabajo de titulación viabilizando la incorporación a la legislación ecuatoriana de una adopción igualitaria.

5.2 RECOMENDACIONES

En virtud que la Constitución de la República del Ecuador reconoce a la familia en todos sus tipos, es necesario que se realicen las reformas pertinentes en la normativa vigente que involucra esta garantía de modo que no se conculquen derechos reconocidos constitucionalmente y que son producto de grandes conquistas de los grupos GLBT.

La Constitución a través del artículo 68 a su vez crea una discriminación para ciertas personas dentro del grupo antes mencionado, dejando vacíos legales o no pudiendo prever que la progresividad de los derechos humanos va más allá de la mera estructura formal. Este constante reconocimiento de derechos ha generado situaciones *sui generis* como el caso de Estrella Estévez donde a través de la Defensoría del Pueblo logró su reconocimiento como mujer ante el Registro Civil.

Permitiendo así a un transgénero adquirir la identidad femenina posibilitando de esta manera el ejercicio de otros derechos civiles tal como el matrimonio, rompiendo todo este paradigma y facultándola para el ejercicio de varias instituciones familiares como la adopción por lo que, como se ha podido apreciar, este avance constante, continuo e integrador de los derechos humanos en situaciones prácticas ha dejado sin piso la norma positiva.

En relación con lo anterior, existe también el caso de los niños transgénero, que son niños que desde muy temprana edad, manifiestan tener el cuerpo equivocado, deseando las niñas ser niños y viceversa. Los padres de éstos se ven entonces obligados a tomar una decisión y algunos deciden dejar que el niño o niña manifieste su verdadera voluntad de identidad sexual, por ejemplo, cortando el cabello de una niña y vistiéndola de niño, porque ser niño es lo que ese menor desea y siente. Sin embargo, muchas de las otras ocasiones, el niño que manifiesta ser niña atrapada en el cuerpo equivocado, es criado como tal y obligado a realizar todas las actividades normales para un niño, desencadenando sentimientos encontrados, inseguridades, y consecuencias irreparables.

En tal sentido, para legislar no se debería únicamente observar a las fuentes tradicionales de derecho como la Ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho; sino que se debe estar a la par con el avance científico tecnológico.

Se recomienda romper la falacia de la igualdad formal por la aplicación práctica de la igualdad material puesto que la positivización de un derecho no implica su efectivización por lo que ese Estado debe realizar acciones afirmativas para que sea plausible la integración de la comunidad GLBT a la sociedad ecuatoriana.

Estos argumentos plasmados en este trabajo de investigación dan un hincapié en lo que la legislación mundial ha denominado el “matrimonio igualitario”, ya que la reforma de esta institución civil podría fundamentarse en los mismos argumentos antes esbozados.

BIBLIOGRAFÍA

LIBRO

1. Acuña, Natalia; Elizondo, Beatriz; Hernández, Raquel. (2009) *La marginación de los homosexuales en el ámbito familiar, laboral y educativo en Costa Rica*. Argentina: El Cid Editor.
2. Aldrich, Robert, (Editor). (2007). *Gleich Und Anders*. Hamburgo: Murmann.
3. Alonso Pérez, Jose Ignacio. (2008). *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea: análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*. España: J.M. Bosch Editor.
4. Amnesty Internacional (Editor). (1994). *Rompamos el silencio violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual*. España.
5. Amnesty Internacional (Editor). (2006) *Stonewall seguir exigiendo respeto. Abusos policiales contra lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero en Estados Unidos*. España.
6. Andrews Walter y Kalpakli Mehmet. (2005). *The age of beloveds: love and the beloved in early-modern ottoman and european culture and society*. Londres: Duke University Press.
7. Armstrong Elizabeth, Cragé Suzanna (octubre de 2006). *American Sociological Review: Movements and Memory: The Making of the Stonewall Myth*. Washington DC: Vanderbilt University.
8. Bernal, Pulido Carlos. (2005). *El derecho de los derechos, escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
9. Bobbio, Norberto. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona.
10. Borda Guillermo. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
11. Borhek, Mary. (1993). *Coming out to parents*. New York: The Pilgrim Press.

12. Bossert Gustavo A. (1999). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea
13. Bossert Gustavo A, Zannoni Eduardo A. (1989). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea
14. Buenahora Febres-Cordero, Jaime. (1977). *La adopción: implicaciones jurídicas y sociológicas*. Bogotá: Ateneo.
15. Buerghenthal, Thomas. (1996). *Derechos humanos internacionales*. México: Plataforma Editorial.
16. Burneo, Eduardo. (2009). *Derechos y garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
17. Cabrera, J. P. (2008). *Adopción*. Quito: Editorial Cevallos.
18. Camargo, Pedro Pablo. (2004). *Manual de derechos humanos*. Bogotá: Editorial Leyer.
19. Cayuela, Pilar. (2003). *Adopción y acogimiento familiar*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
20. Cornejo Espejo, Juan. (2009). *La homosexualidad como una construcción ideológica*. Chile: Red Límite.
21. Crompton, Louis (2006). *Homosexuality & Civilization*. Cambridge y Londres: Belknap
22. Danielou Alain. (1994). *The complete "Kama sutra"*. Vermont: Park Street Press.
23. Falconí Diego. (2005). *Discriminación en la Norma del Código de la Niñez y Adolescencia que Impide la Adopción a Parejas GLBTT: Un Ensayo Desde el Derecho de Niñ@s y Adolescentes con Perspectiva de Género*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
24. Ferra, Patricia. (2003) *La crisis en la familia adoptiva, análisis de la práctica clínica desorientación sistemática*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
25. Fone, Byrne.(2008) *HOMOFOBIA: Una historia*. México D.F.: Oceano
26. Frattini, Eric (2010) *Los Papas y el Sexo*. España: Editorial Espasa.
27. Gertsmann, Evan. (2004). *Same-sex marriage and the Constitution*. United States: Cambridge University Press.

28. Guevara Ruiseñor, Elsa. (2006) *Los derechos reproductivos y los hombres. El debate pendiente*. México: Red Desacatos.
29. Healy Dan. (2001). *Homosexual desire in revolutionary Russia*. Chicago: The University of Chicago Press.
30. Hornblower Simon (Editores)., Spawforth Anthony. (1996). Oxford *Classical Dictionary*. Nueva York: Oxford University Press
31. Lafont, Pedro. (1997). *Derecho de familia, seguridad familiar*. Bogotá: Editorial Linotipia Bolivar.
32. Lizarazo Ávila, William Jimmy.(1980) *La adopción: su historia y evolución*. Bogotá: Tesis (Abogado) Facultad de Jurisprudencia. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
33. López del Carril, Julio. (1984). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
34. López Sánchez, Felix. (2006). *Homosexualidad y familia*. Barcelona: Grau.
35. Lori Askeland, ed.,(2006). *Children and Youth in Adoption, Orphanages, and Foster Care: A Historical Handbook and Guid*. Connecticut: Greenwood Press
36. Méndez Costa María Josefa, D'Antonio Daniel Hugo. (2001). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores
37. Monroy Cabra Marco Gerardo. (2001). *Derecho de Familia y de Menores*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
38. Moreira, María Elena. (2000). *Derechos humanos en la nueva constitución ecuatoriana*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
39. Navas, Susana. (2006). *Matrimonio Homosexual y Adopción*. España: Editorial Reus S.A.
40. Nemet-Nejat Karen Rhea (1998): *Daily life in ancient Mesopotamia*. California: Greenwood Press.
41. Ormerod David. (2006). *Smith and Hogan's Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press
42. Papacchini, Ángelo. (2003). *Filosofía y derechos humanos*. Colombia: Universidad del Valle Programa Editorial

43. Parkinson Richard (1995) *Homosexual Desire and Middle Kingdom Literature*, en: *The Journal of Egyptian Archaeology*. Liverpool: School of Archaeology, Classics and Egyptology University of Liverpool.
44. Paulsen, Gabriel. (2006) *Uniones afectivo sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*. Chile: Editorial Arcis.
45. Pecheny, Mario; Figari, Carlos; Jones, Daniel. (2008). *Todo sexo es político*. Argentina: Libros del Zorzal.
46. Percy, William A (1996). *Pederasty and Pedagogy in Archaic Greece*. Chicago: University of Illinois Press.
47. Pérez Contreras, María de Montserrat. (2010). *Los derechos de los homosexuales*. México: Instituto Politécnico Nacional.
48. Petit, Eugene.(1994). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Universidad Buenos Aires
49. Pilotti, Francisco. (1988). *Manual de Procedimientos para la Formación de la Familia Adoptiva*. Uruguay: Unidad de Asuntos Sociales, Instituto Interamericano del Niño.
50. Roudinesco, Elizabeth (2002). *La familia en desorden*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
51. Rueda Ricardo. (2000). *La adopción desde sus raíces hasta hoy*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
52. Sabater, Tomás. (1962). *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes*. Barcelona
53. Torres Chaves, Efraín. (2003). *Breves comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
54. UNICEF. (1991). *Adopciones Internacional*. Siena, Italaia Wray Alberto, *El menor ante la ley*, corporación editorial nacional, Quito, 1991)
55. Uziel, Anna Paula. (2001). *Homosexuality and adoption in Brazil. Reproductive health matters*
56. Vallés Amores, María. (2005). *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual*. España: Dykinson.

57. Véscovi Enrique. (2006). *Teoría General del Proceso*. Colombia: Editorial Temis S.A.
58. Wray Alberto, Garcia Elizabeth, Larens René. (1991). *El Menor Ante la Ley*. Ecuador: Corporación Editora Nacional
59. Zannoni Eduardo. (1981). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

PÁGINA WEB

1. Arqueólogos (2009): El Código de Hammurabi. URL: <http://www.arqueologos.org/mundo-del-proximo-orient/89-el-codigo-hammurabi.html>. Descargado 26/11/2010
2. Bible Gateway (2011): Nueva Versión Internacional. URL: <http://www.biblegateway.com/>. Descargado 26/03/2011
3. Case No. S147999 In the Supreme Court of the State of California, (2007): Re Marriage Cases Judicial Council Coordination Proceeding No. 4365, Application for leave to file brief amici curiae in support of the parties challenging the marriage exclusion, and brief amici curiae of the American Psychological Association, California Psychological Association, American Psychiatric Association, National Association of Social Workers, and National Association of Social Workers, California Chapter in support of the parties challenging the marriage exclusion. URL: <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/marriage-cases.pdf>. Descargado 20/11/2010
4. Center for Adoption Policy (2006): Overview of Dutch Adoption Law. URL: <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-netherlands.pdf>. Descargado 09/01/2011
5. Código Civil Libro I (1970). URL: http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORIC-CODIGO_CIVIL_LIBRO_I_1970&query=adopción#art_283. Descargado 05/06/2011

6. Código Civil Libro I (2005). URL: http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_CIVIL_LIBRO_I&query=codigo%20civil#art_1. Descargado 08/12/2010
7. Código de la Niñez y Adolescencia (2003). URL: http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_DE_LA_NINEZ_Y_ADOLESCENCIA&query=codigo%20de%20la%20ni%C3%B1ez%20y%20adolescencia#art_1. Descargado 09/12/2010
8. Código de Menores (1992). URL: http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORIC-CODIGO_DE_MENORES_1992&query=codigo+de+menores#art_105. Descargado 05/06/2011
9. Código Penal (1938). URL: http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PENAL-CODIGO_PENAL&query=codigo+penal#art_1. Descargado 03/03/2011
10. Constitución de la República del Ecuador (2008). URL: http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR_2008&query=constitucion#art_1. Descargado 23/12/2010
11. Convención Sobre los Derechos del Niño (1990). URL: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. Descargada el 01/12/2010. Descargado 08/06/2011
12. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). URL: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Descargado 20/02/2011
13. Diccionario Enciclopédico Eco visiones (2007): Levirato. URL: <http://www.ecovisiones.cl/diccionario/L/LEVIRATO.htm>. Descargado 24/11/2010

- 14.El Rostro Oculto de los Pueblos Precolombinos (2008). URL: <http://sololesbianas.blogspot.com/2007/06/rostro-oculto-de-los-pueblos.html>. Descargado 16/01/2011
- 15.ElMundo.es (2011): Al Recuerda que en Cinco Países ser Homosexual está Castigado con la Muerte. URL: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/28/internacional/1309268209.html>. Descargado 02/03/2011
- 16.El Principio Pro Homine (2004): Criterios de Hermeneútica y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos. URL: <http://pnud.org.ve/archivos/documentos/data/300/332j.htm>. Descargado 15/07/2011
- 17.Quesada Erick (2010): Diferencia entre Transgenero y Transexual. URL: <http://www.mentesana.net/diferencia-entre-transgenero-y-transexual/>. Descargado 31/01/2011
- 18.Real Academia Española (2001): Diccionario de la Lengua Española. URL: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura. Descargado el 07/01/2011
- 19.Revista Judicial La Hora (2008): El Interés Superior del Niño y de la Niña. URL: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4668&Itemid=426. Descargado el 03/12/2010
- 20.The Adoption History Project (2007): The Adoption History in Brief. URL: <http://www.adopting.org/uni/frame.php?url=http://darkwing.uoregon.edu/~adoption/index.html>. Descargado 24/11/2010
- 21.The World History of Male Love (2007). URL: <http://www.gay-art-history.org/gay-history/gay-art/china-homosexual-art/way-cut-sleeve-bitten-peach.html>. Descargado 15/06/2011
- 22.Third District Court of Appeal State of Florida, July Term, A.D. 2010. Opinion filed September 22, 2010. Not final until disposition of timely filed motion for rehearing. No. 3D08-3044. Lower Tribunal No. 06-33881. Florida Department of Children and Families Appellant,vs. In re:

Matter of Adoption of X.X.G. and N.R.G., Appellees. URL:
<http://www.3dca.flcourts.org/opinions/3D08-3044.pdf>. Descargado
23/05/2011

23.Universidad Abierta: Propuesta para abatir el delito en el estado de
Veracruz-Llave(2007).URL:
http://aztlan.net/Bernarda_Reza_Ramirez.htm. Descargado 16/01/2011